

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO
PROCESSUAL

THAÍS MILANI DEL PUPO

RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL DO ESTADO NO
PROCESSO CIVIL: DESPESA COM HONORÁRIOS CONTRATUAIS
COMO DANO INJUSTO REPARÁVEL

VITÓRIA
2019

THAÍS MILANI DEL PUPO

**RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL DO ESTADO NO
PROCESSO CIVIL: DESPESA COM HONORÁRIOS CONTRATUAIS
COMO DANO INJUSTO REPARÁVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto.

VITÓRIA

2019

THAÍS MILANI DEL PUPO

**RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL DO ESTADO NO
PROCESSO CIVIL: DESPESA COM HONORÁRIOS CONTRATUAIS
COMO DANO INJUSTO REPARÁVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito Processual.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Prof. Dr. Henrique Geaquinto Herkenhoff
Universidade Vila Velha
Membro Externo

Vitória (ES), 19 de junho de 2019.

*Á Hudson Rangel Belo, com todo meu amor, por
ter me ensinado o sentido da palavra cumplicidade
quando estive em meu exílio particular.*

AGRADECIMENTOS

Antes de iniciar meus agradecimentos, gostaria de um breve relato. Acompanhando uma defesa de dissertação do Programa de Pós-graduação do Direito UFES, no meu primeiro período no programa, me recordo que o Professor Dr. Rodrigo Reis Mazzei disse ser uma de suas partes preferidas de uma dissertação os “agradecimentos”, porque ali se via o esforço coletivo que é a produção de um trabalho acadêmico de mestrado. Eu, que nunca fui dada a ler agradecimentos, passei a olhá-los com outros olhos e hoje, quando é o momento de eu mesma agradecer, vejo o quão importante é expressar gratidão àqueles que de alguma forma colaboraram para essa dissertação.

A verdade é que produzir uma dissertação não é uma simples missão, especialmente porque escrever é solitário. Você pode debater seu tema com o orientador, com os professores e colegas de mestrado, até mesmo com família e amigos – na ânsia de expor para todos o que tanto se faz no isolamento do ambiente de estudos – todavia, na hora de escrever, é você consigo mesmo, acompanhado de todos os temores, incertezas e da, não mesmo pior, autocobrança. Por isso, meus agradecimentos são aos que, de alguma forma, fizeram-se companhia nessa jornada, amenizando a solidão da escrita.

Ao meu Pai, pelo colo de misericórdia e pelo amor incondicional, se não for para Ele nada tem sentido.

Aos meus pais, Eraldo e Zilda, e meu irmão, Vinícius, que mesmo sem compreender muito bem o ambiente acadêmico me impulsionaram nessa jornada, entendendo a minha ausência. Obrigada pelo perdão sempre disponível e pelo esforço contínuo de me fazer melhor.

Aos meus avôs, Arlinda, Carmem e Guilherme, que, sem sequer saberem o significado da palavra “mestrado”, não pouparam apoio e cuidado. Ao meu avô Gercino Lourenço (*in memorian*), cuja afetividade não permite a solidão, agradeço por ter me ensinado que a presença não se confunde com a existência física.

Ao meu companheiro de jornada, aquele que acreditou em mim mesmo quando eu tinha profundas dúvidas do meu sucesso: Hudson, obrigada pelo amor, companheirismo, solidariedade e fé, sem seu afeto e compreensão esse trabalho não seria possível.

À minha amiga-irmã, Tatiana, e aos demais amigos, agradeço porque sempre depositaram em mim confiança e me suportaram, no duplo sentido da palavra, quando a exaustão me tornou acrimoniosa.

Aos colegas e profissionais do Ministério Público do Espírito Santo, por terem acompanhado essa jornada com espírito aberto.

Aos colegas de mestrado, especialmente ao Diogo, à Gabi e a Michele, pelos debates dentro e fora da sala de aula e por me apresentarem ao verdadeiro espírito da pós-graduação, vocês me empenharam a aprender.

Agradeço aos meus professores do DiUFES e do PPGDir, sem dúvida vocês são a “pedra fundamental” do meu trabalho, obrigada por todo aprendizado jurídico e pessoal, por me fazerem optar pelo magistério. E, aproveito a oportunidade para agradecer, especialmente, aos professores que compuseram minha banca de qualificação, o Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei com quem tive, ainda na graduação, o primeiro desejo pelo mundo acadêmico e Prof. Dr. Gilberto Fachetti: obrigada por me incentivarem muito antes de aceitarem participar desse projeto e obrigada por terem aceitado, certamente funcionaram como luz para meus estudos, contribuíram inestimavelmente para o projeto final.

Não poderia deixar de agradecer ao meu orientador de estágio, de monografia, de dissertação e, se ele me permitir dizer, de vida: Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto, sou grata, primeiramente como aluna-orientanda, pelo acolhimento no PPGDir, por sempre depositar em mim confiança, com a qual tenho muito zelo. Sobretudo, sou grata como pessoa, após oito anos de convívio no ambiente acadêmico, é inevitável que a orientação não se torne amizade. Nesta ocasião quero agradecê-lo por ter vislumbrado em mim potencial e, principalmente, por me fazer vê-lo também.

À Universidade Federal do Espírito Santo, lugar onde eu entrei há oito anos e aqui permaneço, sem qualquer pretensão de abandono. Não existe palavra que possa expressar a gratidão por essa instituição, por ter podido aprender tanto e me dado oportunidade de descobrir minha verdadeira vocação: o ensino. Tenho orgulho do nosso lema “*Docete Omnes Gentes*”.

Gostaria de agradecer, ainda, aos profissionais da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, do Superior Tribunal de Justiça, por serem sempre solícitos e atenderem aos meus pedidos com agilidade incomum, me permitindo acesso a obras essenciais para o presente estudo.

E, por fim, à Ella Fitzgerald, Nina Simone, Aretha Franklin, Adoniram, Demônios da Garoa, Noelito, Cartola, Chico, Caetano, Maria Bethânia, Elis, Rita Lee, Capital Inicial, Legião Urbana, Paralamas, Engenheiros do Hawaii, Beatles, Bon Jovi, Aerosmith, AC/DC, Metálica, Oasis e tantos outros, pela fiel companhia nas madrugadas.

“Denken ist danken”!

“O que nos move, com muita sensatez, não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa – coisa que poucos de nós esperamos –, mas de que à nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar”.

Amartya Kumar Sen

RESUMO

Objetiva-se tratar da participação do Estado no Processo Civil sob a ótica da responsabilidade civil processual, visando estabelecer em que medida é aplicável o comando do art. 37, §6º da Constituição Federal para ressarcimento de honorários advocatícios contratuais. Para tanto resgata noções afetas à responsabilidade civil do Estado, adotando uma visão a partir da “Teoria da Responsabilidade Civil”, cuja aplicação estende-se ao processo civil. Nesse contexto, aborda a responsabilidade civil na sociedade pós-industrial fundada na primazia da vítima e com escopo eminentemente indenizatório, reflexo do Princípio da Solidariedade. Acrescenta-se, como espelho desse padrão interpretativo (a ótica do lesado), a importância alcançada pelo Princípio da Reparação Integral, tratando-se de diretriz axiológica que determina a maior amplitude ressarcitória, nas perspectivas do *an debeatur* e do *quantum debeatur*. Adota-se a premissa de que é irrelevante a ilicitude para a responsabilidade objetiva do Estado, o que torna viável a responsabilidade civil processual pelo exercício regular do direito de ação, caso em que o dano é qualificado como injusto, conceito que construído no trabalho conforme o ordenamento pátrio. No que se refere, especificamente, aos danos processuais, demonstrou-se que houve um percurso evolutivo no Direito brasileiro, partindo-se de uma concepção restrita à atuação ilícita, para compreender uma responsabilidade civil processual objetiva tipificada na responsabilização por efetivação de tutela e execução provisória e pelos custos do processo. Na responsabilidade civil processual do Estado, marcada de especificidades, verifica-se que o art. 27 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei nº. 13.655/2018, apresenta uma cláusula geral de indenizabilidade por danos processuais pela atuação jurisdicional, administrativa e correcional do Estado, evidenciando um “giro conceitual” do ato ilícito para o dano injusto, isso culmina na importação para o processo da diretiva da primazia da vítima, no caso o vencedor acometido por dano injusto e anormal. Diante disso, conclui-se que o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que apesar de vacilante tem se firmado no sentido de não indenizabilidade dos honorários contratuais ao réu vencedor, não deve ser aplicada à esfera pública, onde se aplica o Princípio da Reparação Integral dos danos processuais para traçar as despesas com honorários contratuais como dano injusto reparável, nos termos do art. 37, §6º da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Responsabilidade civil processual objetiva. Dano injusto. Honorários contratuais.

ABSTRACT

The objective is to deal with the State's participation in the Civil Procedure from a point of view of procedural civil responsibility, seeking to establish in which the measure is applicable the command of art. 37, §6 of the Federal Constitution for refund of contractual attorney fees. In order to do so, it rescues notions related to the civil responsibility of the State, adopting a vision based on the "Theory of Civil Responsibility", whose application extends to the civil process. In this context, study the civil responsibility in the post-industrial society, where it founded on primacy of the victim and presents an e indemnifying goal, reflecting the Principle of Solidarity. In addition, the importance of the Principle of Integral Reparation is addressed as a consequence of this interpretive standard (the viewpoint of the injured party), since it is an axiological guideline that determines the greatest compensatory amplitude in the perspectives *an debeatur* and *quantum debeatur*. It assumes a premise that it is an illegality irrelevant for the objective responsibility of the State, which makes viable civil procedural responsibility for the exercise of the right of action, in which case the damage is qualified as unfair, concept that was built according to the Brazilian law system. Specifically speaking to procedural damages, it was demonstrated that there has been an evolutionary course in Brazilian Law, starting from a conception restricted to the illicit action, to adopt an objective procedural civil responsibility typified in the responsibility for the enforcement of guardianship and provisional execution and for the costs of the process. In the civil procedural responsibility of the State, marked by specificities, it was verified that art. 27 of the LINDB, created by Law no. 13.655 / 2018, present a general indemnification clause for procedural damages to the State's, when act on judicial, administrative and correctional process. That represent a "conceptual turn" of the illegal act for the unfair damage that also portray a importation of the directive of the victim to the process, in case the winner for who suffered unfair and abnormal damage. In view of this, it is concluded that the jurisprudence of the STJ, which, although hesitant, was established in the sense of not indemnifying the winner in contractual attorney fees, should not be applied to the public sphere, where the Principle of Integral Reparation of the procedural damages to determine the expenses with contractual attorney fees as indemnifiable, under the terms of art. 37, § 6 of the Federal Constitution.

Keywords: Civil Procedural Law. Objective civil liability of the State. Unfair damages. Objective civil procedural responsibility. Contractual attorney fees.

LISTAS DE SIGLAS

CC/02 – Código Civil de 2002

CCB – Código Civil Brasileiro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

OMS – Organização Mundial de Saúde

DPVAT – Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores em Via Terrestre

CTN – Código Tributário Nacional.

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO.....	28
1.1 COLOCAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO.....	28
1.1.1 A “Teoria Geral do Direito” e a “Teoria da Responsabilidade Civil”: conexão com o Estado e Direito processual.....	35
1.1.2 A responsabilidade civil do Estado como postulado do Estado de Direito: necessidade de (re)dimensionamento.....	43
1.1.3 Os fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva do Estado: da justiça corretiva à solidariedade – dois aspectos da Reparação Integral.....	50
1.1.3.1 O Princípio da Reparação Integral: “ <i>toute le dommage, mas rien que le dommage</i> ”.....	62
1.1.3.1.1 Funções do Princípio da Reparação Integral.....	66
1.1.3.1.2 Limitações ao Princípio da Reparação Integral: O art. 944 aplica-se à responsabilidade civil do Estado?.....	72
1.2 O “RISCO” COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	86
1.2.1 A responsabilidade civil objetiva do Estado por atividade não arriscada: a questão dos fatores de atribuição.....	102
1.2.2 A igualdade na distribuição do ônus público como fundamento da responsabilidade civil do Estado por atividade não arriscada (e lícita).....	106
2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO.....	114
2.1 DANO INJUSTO NO MODELO DE ATIPICIDADE BRASILEIRO.....	114
2.2.1 Conceituação do dano no ordenamento jurídico brasileiro a partir da decomposição do conceito de dano formulado por Fernando Noronha.....	116
2.1.1.1 Prejuízo.....	117
2.1.1.2 Econômico ou não econômico.....	119

2.1.1.3 Natureza individual ou coletiva.....	124
2.1.1.4 Resultante de ato ou fato antijurídico.....	128
2.2.1.5 Violação de qualquer valor inerente a pessoa humana ou atingir coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelado.....	131
2.1.2 Elementos do dano: a injustiça do dano como pressuposto do dever de indenizar.....	139
2.1.2.1 “Injustiça” do dano no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise a partir do Direito italiano.....	140
2.1.2.2 Certeza e Imediatidade: na fronteira entre o dano e o nexo de causalidade.....	148
2.1.2.3 Anormalidade e especialidade como requisitos específicos da responsabilidade civil do Estado por atuação lícita.....	155
2.2 NEXO DE CAUSALIDADE E A EROSÃO DO PILAR DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	162
2.2.1 Teorias do nexo causal: da <i>conditio sine qua non</i> à “Teoria do Dano Direto e Imediato”.....	165
2.2.1.1 Adoção de um modelo eclético e a consequente erosão da causalidade como filtro de reparação.....	176
2.2.2 As excludentes de causalidade como aspectos da irresponsabilidade do Estado.....	178
 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL OBJETIVA DO ESTADO E O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM HONORÁRIOS CONTRATUAIS.....	 189
3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL: CONCEITUAÇÃO E ESCLARECIMENTO SOBRE TERMINOLOGIAS.....	189
3.1.1 A “suposta” autonomia científica: a inexistência de uma “Teoria da Responsabilidade Civil Processual”.....	192
3.1.2 O dano processual e a classificação da responsabilidade civil no processo civil em subjetiva e objetiva.....	196
3.1.2.1 Danos processuais decorrentes da atuação ilícita no processo civil.....	198
3.1.2.2 Danos processuais decorrentes do risco no processo civil.....	206
3.1.2.2.1 Danos processuais decorrentes da efetivação de tutela provisória e execução provisória.....	208

3.1.2.2.2 Danos processuais e o “custo do processo”	218
3.1.2.3 <i>O risco como fator de atribuição da responsabilidade civil objetiva no processo civil</i>	234
CONCLUSÃO.....	242
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	254

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado é matéria diretamente relacionada ao Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais, no entanto, apesar de muitos brilhantes civilistas e administrativistas abordarem a temática, o que se tem visto recentemente é uma carência da Ciência Jurídica na tratativa do tema. Assim, vê-se muito sendo dito sobre a classificação da responsabilidade civil e os parâmetros de sua aplicação, mas para os aspectos específicos a atenção é diminuída.

No âmbito do processo civil muito pouco (ou quase nada) tem produzido a ciência jurídica, normalmente quando o faz é para tratar da responsabilidade civil do Estado-juiz no exercício do Poder Jurisdicional, o que, desde já se esclarece não ser o objeto do trabalho.

Trata-se, o presente de um “ato de provocação”, buscando avivar o debate de uma responsabilidade civil processual do Estado, quando este atua como parte no processo e, especificamente, sobre um tema controverso: a despesa com honorários contratuais. Essa é a hipótese, cuja pesquisa poderia infirmar ou firmá-la.

O objetivo geral deste trabalho é, por conseguinte, traçar os parâmetros principais da responsabilidade civil do Estado por honorários contratuais nas hipóteses em que é vencido no processo. De forma específica, tem por escopo assinalar os parâmetros da “Teoria da Responsabilidade Civil” nos atos praticados pelo Estado, investigar o conceito de dano injusto no ordenamento pátrio, aplicando-o ao processo e perquirir qual o posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação à hipótese.

A metodologia de pesquisa consistiu no exame da doutrina pátria, pautando-se no entendimento de autores clássicos da responsabilidade civil, como Aguiar Dias, Agostinho Alvim, Pontes de Miranda e contemporâneos, como Francisco Vieira Lima Neto, Maria Celina Bodin de Moraes, Judith Martins Costa, Fernando Noronha, Anderson Schreiber entre outros. Na esfera da responsabilidade civil do Estado, apoiou-se nas doutrinas de Maria Sylvia Zanella de Pietro, Carvalho José do Santos Carvalho Filho, Hely Lopes Meireles, Yussef Said Cahali. No processo, Galeno Lacerda, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodor Jr., Arakém de Assis, Calmon de Passos, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni e, a “prata da casa”, Rodrigo Reis Mazzei, Hermes Zaneti, Marcelo Abelha. Sempre que se mostrou necessário recorreu-se doutrina estrangeira, realizando-se um método comparativo, todavia evitando-se o uso de doutrinas típicas do modelo “*common law*”.

No mesmo sentido, o estudo realizou o exame da jurisprudência, empregada para demonstrar a adoção de um ou outro posicionamento, logo como elemento argumentativo, e também como fonte de saber científico, especialmente no último capítulo.

Quanto ao método de abordagem, utilizar-se-á a dedução, na qual a cadeia de raciocínios tem como ponto de partida constatações gerais, aferidas tanto da bibliografia utilizada como da jurisprudência enquanto fonte científica, que pretendem levar a uma determinação particular para assim se obter uma conclusão sobre a problemática.

Diante de todo exposto, pontua-se que a pesquisa terá como limite os objetivos propostos, sendo feita a partir de um discurso argumentativo, analítico e crítico sobre a temática abordada, com o intuito de contribuir efetivamente para a comunidade jurídica. Não se propondo a discursar demagogicamente sobre o ônus imposto ao Estado em decorrência da má gestão de sua atuação processual, o interesse é, sobretudo, de tratar o tema de maneira que se possam apresentar soluções práticas e que efetivamente reverberem no cotidiano forense. Essa perspectiva se amolda ao próprio espírito da responsabilidade civil que representa o dinamismo do Direito tão vivamente. Diante disso, ressalta-se, como pressuposto deste estudo aquele comum a todo e qualquer trabalho que tem preocupação científica: o Direito como sistema.

A palavra sistema deriva etimologicamente do grego *systema* e provém de *sys-istemi* significa composto, construído¹. Por tratar-se de uma construção, só há como falar de sistema no plano da linguagem e, como tal, não se trata de uma realidade e sim de um aparelho teórico por meio do qual é possível estudá-la².

A noção de Direito enquanto sistema encontra-se consagrada na doutrina desde Hans Kelsen³, a ponto de Manuel Calvo García afirmar que “el Derecho es uno de los sistemas normativos sociales y cualquier aproximación al concepto de derecho debe partir de este dato”⁴. Ocorre que essa compreensão, muitas vezes pautada em uma concepção restritiva fez com que o Direito passasse a ser tratado como sinônimo de vontade do legislador, resumindo-se aquele positivado nos Códigos e na Constituição⁵. Com isso demonstrou ser inapropriada,

¹FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **O Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Universidade de São Paulo, 1976. p. 9.

²DINIZ, Maria Helena. **Lacunas do direito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26.

³KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 04.

⁴CALVO GARCÍA, Manuel. **Teoría del derecho**. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 50.

⁵Nesse sentido explica Celso Lafer: “A ideia de sistema constitui um aspecto fundamental da contribuição do Direito Natural à jurisprudência européia, que deixou de limitar-se à exegese e à interpretação prudencial de textos singulares e passou a ter características de uma estrutura lógico-demonstrativa. Ora, transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a idéia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição. Por isso, o

dando origem a um ordenamento jurídico anacrônico e desconectado da realidade social⁶, já que o legislador nem sempre é tão ágil quando se deseja.

Dessa arte, necessário é a leitura do Direito como pertencente à categoria dos sistemas abertos, pois permite a alteração de seu repertório com a inserção de novos elementos, sem que para isso exija-se alteração de sua estrutura, mostrando-se como dinâmico e prospectivo⁷, e referindo-se à realidade, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se e adaptando-se às novas configurações sociais, em suma, inserindo-se no contexto cultural.

A perspectiva informada pelo caráter aberto e cultural do Direito tem se tornando insuprimível para qualquer estudo jurídico por mais simples que seja⁸, já que a relação entre o Direito e a Cultura é de pertinência, considerando ser um subsistema localizado no interior de um sistema maior, o Sistema da Cultura⁹. Dessa forma, qualquer modificação ocorrida em um deles há de influenciar o outro, em menor ou maior grau, contudo certamente não desprezível.

Ao Direito interessa apenas a dimensão social e objetiva da cultura¹⁰, o viés transindividual onde se observa a realização dos valores sociais e comuns ao grupo de pessoas em convívio ou, simplesmente, da sociedade. Nessa seara são produzidas as modificações do Sistema Cultural que refletem diretamente no âmbito jurídico, dando origem a um Direito preenchido pela humanidade e socialidade adquirida através da membrana permeável que o separa do restante do sistema da cultura.

Tem-se, portanto, que o Sistema do Direito é fruto da cultura encarnada no comportamento social e, por conseguinte, é produto do contexto histórico e dos valores

fundamento do Direito deixou de ser buscado nos ditames da razão e passou a afirmar-se como a vontade do legislador, independentemente de qualquer juízo sobre a conformidade desta vontade com a razão. Nesse sentido, o processo de laicização e sistematização do Direito terminou por confluir com o fenômeno da crescente positivação do Direito pelo Estado, que é outro processo característico no mundo moderno (LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 1988. p. 128).

⁶MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 26.

⁷DINIZ, Maria Helena. **Lacunas do direito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25-26.

⁸FALZEA, Ângelo. **Sistema culturale e Sistema Giuridico: Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica**. Milano: Giuffrè, 1999. p. 189-219.

⁹Nas palavras do autor: “[...] Il diritto è un fenomeno culturale; che la cultura è configurabile come un sistema internamente articolato in sottosistemi; Che Il diritto à uno dei sottosistemi del sistema culturale”, na tradução livre: “o direito é um fenômeno cultural, a cultura configura-se como um sistema internamente articulado por outros subsistemas; o direito dos subsistemas do sistema cultural” (FALZEA, Ângelo. **Sistema culturale e Sistema Giuridico: Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica**. Milano: Giuffrè, 1999. p. 2).

¹⁰O recorte é importante, pois o estudo da cultura padece da ambiguidade presente na palavra, tão latente que ao se expressar sobre o tema Terry Eagleton afirmou que “é difícil escapar à conclusão de que a palavra cultura é ao mesmo tempo ampla demais e restrita demais para que seja de muita utilidade” (EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. Trad. Sandra Castello Branco. Revisão técnica Cezar Mortari. São Paulo: UNESP, 2005. p. 51).

presentes naqueles que o reconduzem¹¹. Nesse sentido, Miguel Reale ao traçar as bases da “Doutrina do Tridimensionalismo Jurídico” esclarece que o Direito se encontra fundado em normas, fatos, valores, sendo este último o canal que faz com que as alterações culturais migrem do sistema da cultura e, por meio de sua juridicização, passe a integrar o sistema do Direito¹².

A tríade (norma, fato e exigências axiológicas) é o que permite que uma norma jurídica, sem sofrer qualquer alteração redacional, passe adquirir significados diversos com passar dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência¹³, retirando, portanto, o peso e criação jurídica das mãos do legislador e passado a compartilhá-los, também, com os intérpretes e aplicadores do Direito. Insta destacar que o Direito legislado, por mais que tente manter-se aberto as alterações do sistema cultural, como já mencionado, nunca conseguirá abarcá-la em sua plenitude, pois o “direito vivo”, para utilizar a expressão cunhada por Eugen Ehrlich¹⁴, é sempre mais colorido que o Direito.

No âmbito da responsabilidade civil vê-se de forma mais contundente o distanciamento entre o Direito legislado e as vicissitudes do cotidiano, sendo, inclusive, afirmado por Alvino Lima que se trata do “centro do Direito Civil, ponto nevrálgico de todas as instituições”¹⁵. Isso ocorre porque a responsabilidade civil encontra-se localizada em ambiente privilegiado de contato entre os sistemas da Cultura e do Direito, bem como cultiva intersecção diversas searas do ordenamento jurídico. Logo, não é de se espantar a instabilidade de seu tratamento pela doutrina e jurisprudência e, ainda, a marcha sempre lenta do legislador¹⁶⁻¹⁷, apesar de já ser lugar comum a afirmativa de que a responsabilidade civil é,

¹¹FALZEA, Ângelo. **Sistema culturale e Sistema Giuridico: Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica**. Milano: Giuffrè, 1999. p.198-205.

¹²REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 3ª ed. São Paulo: 1976. p. 67.

¹³Pela importância, transcrevem-se as palavras do jurista: “A regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas. É essa a complexa condicionalidade que nos explica porque uma norma de Direito, sem que tenha sofrido qualquer alteração, nem mesmo uma vírgula, adquire significados diversos com o vover dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência. É que seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, nas circunstâncias em que o intérprete se encontra” (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 506).

¹⁴A clássica a lição de Eugen Ehrlich demonstra a impossibilidade tornar o Direito algo estático, alheio as transformações cultural: “Querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código correspondente mais ou menos ao mesmo tempo em que querer represar um grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra. Se além disso se levar em conta que cada uma das leis já estava superada pelo direito vivo no momento em que ficou pronta e a cada dia está sendo mais superada, então deve-se reconhecer o imenso de trabalho, praticamente virgem, que aqui se abre ao pesquisador do direito” (EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 374).

¹⁵LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 15.

¹⁶Segundo Louis Josserand: “a evolução da responsabilidade se tem produzido com o mínimo de intervenção legislativa: ela foi sobretudo obra da jurisprudência que, na França, na Bélgica e noutros países, tem sabido tirar

no Direito Civil, o instituto com desenvolvimento mais espetacular nos últimos cem anos¹⁸⁻¹⁹, mostrando-se verdadeiramente maleável e mais suscetível de adaptação às modificações sociais²⁰.

Nesse sentido, a construção da responsabilidade civil não se encontra restrita ao encargo das leis, mas cumpre também ao intérprete, ao apreciar o caso concreto, manter o diálogo com outras áreas do conhecimento que vão além do Direito, sem, contudo, permitir “colonizações” e fronteiras epistemológicas²¹. É o que se propõe fazer no presente.

A responsabilidade jurídica é elemento que se estabelece nas entranhas do Direito, como estrutura fundante da própria percepção do jurídico e, mesmo antes de conceber uma acepção efetivamente jurídica, já havia preocupação em se aquilatar reparação de danos, como se observa em Aristóteles²², na *Ética a Nicômaco*. Entretanto, é no Direito romano, ainda no período arcaico, que se encontra a primeira acepção especificamente jurídica da responsabilidade, muito embora este termo difundido no Direito contemporâneo não fosse encontrado no vocabulário romano (*responsabilis*). Fala-se, nesse período, na “*sponsio*”, onde o “*sponsor*” é o devedor e o “*responsor*” era uma garantia da dívida assumida pelo devedor, surgindo, assim, a primeira noção de que responder implica na ideia de colocar-se

proveito maravilhoso dos textos e dos princípios que tinha à sua disposição e os tem acomodado ao gosto do dia, com uma oportunidade, um senso de realidades práticas e uma engenhosidade verdadeiramente admiráveis; graças a ela, viu-se – segunda palavra de Jean Cruet, um dos melhores juristas franceses, prematuramente roubado à ciência – viu-se “o direito evoluir sob uma legislação móvel”, e o juiz foi a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as formulas velhas do direito tradicional” (JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. LXXXVI, n. 454, p. 548-559, abr. 1941. p.559).

¹⁷Conforme esclarece Francisco Vieira Lima Neto, é também o que se observa na passagem do Código Civil de 1916 para o de 2002: “É voz corrente na doutrina nacional que o novo Código Civil não inseriu no sistema jurídico brasileiro grandes inovações que o adjetivassem como um diploma revolucionário que provocasse abalos no universo do Direito. Se refletirmos bem, parece de fato esse o papel de uma codificação civil: apenas consolidar instituições jurídicas que já existiam antes dele nascer, evitando mudanças de ordem estrutural que não estejam conectadas com o cotidiano das relações intersubjetivas” (LIMA NETO, Francisco Vieira. *Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – Crítica à luz do Novo Código Civil*. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 29, p. 103-146, 1990. p. 103).

¹⁸NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. **Revista dos Tribunais: RT**. São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999. p. 34.

¹⁹Alvino Lima é mais preciso, afirmando em 1938 que “em nenhuma outra matéria jurídica, o movimento de ideias foi tão acentuado nestes último dez anos (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 17).

²⁰CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 3ª ed. Rio Janeiro: Forense, 2000. p. 1.

²¹FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 229.

²²ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *E-book*. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

como garantidor de um débito. Mesmo não se tratando do instituto como hoje é conhecido, foi dessa estrutura que se apropriou o Direito para sua conformação²³.

O desenvolvimento da responsabilidade civil perpassa pelo período da autotutela, onde os danos eram reparados por meio da vingança privada²⁴, assim sob o regime da Lei de Talião, o legislador somente intervinha para declarar quando e em que condições a vítima tinha direito de retaliação²⁵. Posteriormente, com a Lei das XII Tábuas, há uma redução na obsessão pelo castigo e as sanções restitutivas vão tomando formas autônomas, passando a integrar uma classe jurídica²⁶, surgindo, mesmo no contexto de penas os primeiros traços da responsabilidade civil.

As penas para o delito de *iniuria* dividiam-se em penas de talião e penas de composição legal²⁷. A composição nasce voluntariamente, na medida em que se percebe a maior conveniência em cobrar financeiramente a retaliação sofrido, após recebe a chancela do legislador, dando origem a composição legal e passando-se a vedar a autotutela. Assim, estabelece-se a prestação de uma *poena*, num sistema de fixação tarifária²⁸, que não corresponde à noção de ressarcimento, mas apenas de aplicação de uma penalidade ao patrimônio do ofensor.

Ainda nesse período, a noção de delito punível amplia-se para alcançar a honra e, observa-se, a preocupação com o *damnum iniuria datum*, o dano à coisa alheia, casuisticamente restrito aos danos causados por animais e o corte de árvore alheia²⁹.

Com a Lex Aquilia, enfim apresenta-se um princípio geral regulador da reparação do dano³⁰, mantendo, em parte, a natureza penal, pois somente no Direito francês é que houve a sistematização dos atos ilícitos, passa a versar sobre o ressarcimento do particular através do

²³VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 139. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

²⁴DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 17.

²⁵DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 17.

²⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: direitos das obrigações, fatos ilícitos absolutos, responsabilidade, danos causados por animais, coisas animadas, Estado e servidores, profissionais**. t. LIII. Atualizado por Rui Stoco, São Paulo: RT, 2012. p. 61.

²⁷SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20.

²⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: direitos das obrigações, fatos ilícitos absolutos, responsabilidade, danos causados por animais, coisas animadas, Estado e servidores, profissionais**. t. LIII. Atualizado por Rui Stoco, São Paulo: RT, 2012. p. 62-63.

²⁹SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

³⁰DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 18.

manejo da *Actio Legis Aquiliae*³¹. O conteúdo da referida lei distribuía-se em três capítulos, o primeiro ocupava-se, especificamente, de morte de escravo ou animal alheio de rebanho, o segundo, por sua vez, do pagamento em fraude contra o credor e o último dos demais danos à coisa alheia animada ou não, o *damnum iniuria datum*. Através do trabalho da Jurisprudência foi sendo dilatada sendo que no direito justinianeu, passou a abarcar qualquer dano, até mesmo o *damnum non corpore datum*, conservando, ao lado de sua natureza penal, a reipersecutória³².

Insta destacar que responsabilidade civil embrionária do Direito romano não se preocupava com a análise da culpa, mas sim da *iniuria*, uma espécie de injustiça do dano, que estava presente sempre quando não havia justificativa para a conduta causadora do prejuízo. Assim sendo, o *leit-motiv* do regime romano era a reparação dos danos e não a culpa³³, que foi introduzida posteriormente, quando houve a reelaboração da *fattispecie* da *Lex Aquilia*, para ampliar os danos reparáveis, estabelecendo-se a *culpa est punienda*³⁴⁻³⁵.

Com a queda do Império Romano e o início da Idade Média não houve inovações de grande relevo, havendo o retorno da vingança privada³⁶. Somente na baixa Idade Média, com grande influência dos jusnaturalistas tocado pela origem estóico-cristã e pelos ensinamentos de Tomás de Aquino, há um redimensionamento da responsabilidade jurídica a partir da noção de que todo dano, causado por dolo ou culpa, deve ser ressarcido³⁷.

De posse dessa matéria prima Domat, inspirado em Grótius, ao distinguir a culpa que permeia o ilícito daquilo que se tem como um crime separa a matéria civil da penal e,

³¹SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

³²SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21-22.

³³VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 139. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

³⁴SCHIPANI, Sandro. **Derecho romano y unificación del derecho y unificación del derecho: experiencia europea y latinoamericana**. Roma: Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, [s.d].

³⁵Ainda assim, defende Michel Villey que “noção de culpa é romana. No teatro processual romano, onde o réu responde a uma acusação, a vemos introduzir-se – como ela interveio já na doutrina de Aristóteles. Mas ela não parece possuir esse papel determinante, que mais tarde lhe reconhecerão os sistemas dos romanistas. A doutrina romana parece diferir da moderna ao menos no que respeita à culpa do réu *não ser a causa da obrigação* (nem contratual civil, nem penal). A causa verdadeira, essencial da obrigação – se nossa análise está exata – é sempre a *desordem* em uma *relação* plurisubjetiva, e a reação da justiça (senão exclusivamente “comutativa”), *corretiva* e reparadora” (VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 140. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019).

³⁶SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

³⁷VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 144. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019

finalmente, tem-se o conceito de pena e reparação³⁸. Tal concepção foi empreendida pelo Código Civil Francês pós-revolucionário, o *Code Napoléon*, como resta evidente no art. 1382: “Qualquer fato do homem que cause a outrem um dano obriga aquele pela falta cometida a repará-lo”.

Assim, a responsabilidade civil moderna finca suas raízes com uma cláusula geral da responsabilidade civil e o conceito de culpa (*faute*), bem como estabelecendo a base de sustentação do sistema: uma indenização mais ampla e completa da vítima do ato ilícito³⁹. Essa sistematização influenciou os ordenamentos jurídicos modernos, especialmente os da família romano-germânica, no qual se inclui o Código Civil de 1916.

Ocorre que a responsabilidade civil do Estado, possui desenvolvimento da muito posterior às primeiras demarcações na esfera privada, durante muito tempo figurou como ente irresponsável. As razões que motivam esse “retardo” são múltiplas: filosóficas-políticas, especialmente pela inexistência de uma teoria que pudesse efetivamente explicar o Estado, que por muito tempo permaneceu mistificado e manipulado por questões econômico-religiosas, e jurídicas, mesmo pela falta de bases filosóficas sólidas, as teses e teorias jurídicas para construir o Estado enquanto pessoa de direito e responsável civilmente pelos atos de seus agentes coincidem com o afastamento dos fantasmas do absolutismo, como as ideias resumidas nos jargões “*le roi ne peut mal faire*” e “*the king can do no wrong*”.

Foi somente com as revoluções ocorridas nos séculos XVII e XVIII que houve a desmistificação do Estado, sendo então possível prever sua responsabilidade civil, conforme dispôs a lei decorrente da Revolução Francesa, Lei do Pluviose⁴⁰. No primeiro momento, apropriando à estrutura da responsabilidade civil para o direito privado, aplicou-se a “Teoria da culpa subjetiva”, no entanto a inviabilidade de se comprovar a responsabilidade do ente público forçou uma nova formulação: a “Teoria da culpa anônima”.

Assim, buscou-se distinguir a responsabilidade pela atuação do Estado e do funcionário público, de maneira que o Estado era responsável pelo mau funcionamento do serviço público sem identificação do funcionário. Essa teoria chegou a nortear a interpretação do art. 15 do CC/16. Entretanto, a consolidação da responsabilidade fundada no risco criado,

³⁸SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

³⁹ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicità dell'illecito**. Milano: Giuffrè, 1980. p. 279.

⁴⁰FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X da Constituição da República. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 209; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006. p. 71.

associada à importância assumida pelos direitos fundamentais da Declaração dos Direitos do Homem, especialmente da concepção de igualdade, o Conselho de Estado Francês, sem abandonar a “Teoria da culpa anônima”, admitiu ao julgar o “Caso Couitès”, em 1923, a responsabilidade objetiva do Estado, inaugurando a responsabilidade objetiva, adotada pela Constituição Brasileira de 1946⁴¹.

A responsabilidade civil objetiva do Estado surge da integração entre o Direito e a Cultura, da necessidade de conformar-se com os novos padrões de risco criados por uma sociedade pós-industrial. Esse contorno sócio-político forçou a substituição de uma estrutura jurídico-privatística, de caráter eminentemente patrimonial e individualista, tão presente no século XIX, por uma nova faceta preenchida dos valores sociais típicos do Estado Democrático de Direito e desestabilizou as instituições do Direito privado e público, impondo um redimensionamento, do qual a responsabilidade civil do Estado não pode restar alijada.

Esse novo padrão de responsabilidade civil é afeto tanto ao âmbito privado como ao público e não podia também ser ignorado pelo presente estudo, mesmo porque, compreender a responsabilidade civil processual, na esteira do empreendimento que se busca, pressupõe estabelecer um solo firme para caminhada.

Nesse contexto, o primeiro capítulo objetiva estabelecer pressupostos para a compreensão da Responsabilidade Civil do Estado, iniciando-se o tratamento do tema com a colocação epistemológica do instituto, resgatando o surgimento junto à Filosofia para então aproximá-la do Direito. Considerando ser fundamental compreender a dimensão filosófica da responsabilidade, para verificar que sua própria existência está além do Sistema Jurídico, pressupondo a questão da liberdade e mesmo da justiça, o que muitas vezes o ensino jurídico coloca a parte.

Esquadrinhado o contexto jurídico onde se insere a responsabilidade jurídica, para então se chegar à responsabilidade civil, observa-se que se trata de instituto referente à “Teoria Geral do Direito”, e que pode ser especializada na medida em que o fato que origina tiver repercussão em distintas searas do Direito, conforme a natureza da norma jurídica que estabelece o dever jurídico se amolde as divisões didaticamente realizadas pelos cientistas jurídicos. Contexto no qual surge uma “Teoria da Responsabilidade Civil”.

A mencionada teoria, embora tenha se desenvolvido substancialmente pelos civilistas, não mais se encontra refém dessa seara, mesmo porque às divisões metodológicas

⁴¹FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X da Constituição da República. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 209-213.

não se aplicam as normas jurídicas, são subterfúgios dos cientistas para recortar os objetos de estudo. Assim, parte-se da concepção que existem normas jurídicas estabelecendo a responsabilização civil espreiadas pelo ordenamento jurídico, em todas elas aplicam-se os ensinamentos de uma “Teoria da Responsabilidade Civil”. Essa premissa orientou toda a estruturação do trabalho.

Ainda no âmbito do primeiro capítulo, o estudo desenvolve-se para tratar dos alicerces ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva do Estado. Parte-se do estudo da justiça corretiva de Aristóteles, para traçar a solidariedade como fundamento ético-jurídico hodierno da responsabilidade civil, aplicada ao Estado. Busca-se, com isso, apresentar a mudança de paradigma, da conduta do agente lesivo para a reparação da vítima, contexto em que se desenvolve o Princípio da Reparação Integral, como diretriz orientadora da profundidade do ressarcimento na responsabilidade civil, cujo reflexo será de fundamental importância para a problemática das despesas com honorários contratuais.

Por fim, não se poderia deixar de tratar o fundamento propriamente jurídico da responsabilidade civil do Estado, buscando-se na influência argentina o esboço dos fatores de atribuição. Em razão dessa opção, traçaram-se os demais fundamentos jurídicos da responsabilidade civil do Estado, em situações onde não se pode falar de risco e, ainda, conformando a igualdade na distribuição do ônus público com a responsabilidade pela atuação lícita do Estado.

O segundo capítulo tem por objetivo tratar os elementos próprios da responsabilidade do Estado, sempre visando trazer o ponto crítico que aquele requisito representa para ideia que se apresentará no terceiro e último capítulo.

Dessa arte, trata-se na perspectiva do ato do Estado a irrelevância da licitude para responsabilização, especificamente, quanto ao exercício regular de um direito, buscando-se com isso afastar a nociva ideia de que as excludentes de ilicitude são também excludentes de responsabilidade no âmbito do Estado. Além disso, objetiva-se dar à noção de Estado (ente estatal) conceito amplo, abarcando mesmo os órgãos sem personalidade jurídica independente, como o Ministério Público e a Defensoria Pública e os entes equiparados ao Estado por se sub-rogarem em seu lugar na persecução do interesse público.

No mesmo íterim, ao estudar o dano injusto, primeiramente projeta-se o panorama geral do dano indenizável no direito pátrio, mesmo porque como ensina Clovis Veríssimo do Couto e Silva “sem que se estabeleça a noção de dano não se pode ter uma ideia exata da

responsabilidade civil num determinado país”⁴². Ademais, representa um elemento basilar, se não um dos mais importantes conceitos com o qual dialoga este estudo.

A proposta é abordar os danos de forma ampla, razão pela qual parte-se do conceito de dano formulado por Fernando Noronha, para traçar os aspectos principais do dano no ordenamento jurídico, aproveitando-se do ensejo para estabelecer os danos indenizáveis, sempre reavivando o entendimento de que há uma primazia da vítima. O cenário que se desejou reconstituir é o de uma atipicidade dos danos, que amplia o *an debeatur* fundando-se numa cláusula geral dos danos na responsabilidade civil, tanto aquela que se fundamenta no ato ilícito como aquela que tem o risco como pressuposto. Parte-se de uma leitura combinada entre as normas constitucionais do art. 5º, V e X da Constituição Federal e as normas infraconstitucionais do art. 186 e 927 do Código Civil.

Ainda na esteira, merece especial destaque os requisitos do dano indenizável, como instrumentos para impedir que haja uma total (e caótica) indenizabilidade. Diante da divergência da doutrina acerca dos requisitos, pautou-se na seleção de Paulo de Tarso Sanseverino e traçou-se, portanto, como requisitos a injustiça, a certeza e a imediatidade. No entanto, mostrou-se necessário, para a adequação à responsabilidade civil do Estado, acrescentar os requisitos específicos da anormalidade e especialidade.

Importante destacar que o dano injusto é um conceito de extrema importância para o deslinde do trabalho, considerando que reflete diretamente na previsão legislativa do art. 27 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Logo, buscou-se estabelecer os parâmetros da “injustiça” do dano, para tanto recorrendo à doutrina italiana, a genitora da expressão. O referido conceito sintetiza toda a alteração de panorama ocorrido na responsabilidade civil hodierna, o que Orlando Gomes⁴³ chama de “giro conceitual” do ato ilícito para o dano injusto e que é objetivo do presente trabalho estender sobre as fronteiras do processo civil.

Ocupa-se, ainda, das questões relativas ao nexo causal, considerando-se que tal elemento é de grande importância para a responsabilidade civil do Estado, considerando ser fator para a sua irresponsabilidade. Nesse diapasão, de forma sucinta, foram abordadas as teorias do nexo de causalidade e as construção de Anderson Schreiber⁴⁴ acerca da flexibilização desse importante elemento, ora por uma adoção de modelo eclético, onde se é

⁴²COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 333.

⁴³GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 293.

⁴⁴SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

incapaz de dizer qual a teoria adotada, ora para ausência de critérios quanto às características da teoria aplicada ao caso concreto, com verdadeira miscigenação dos conceitos.

De posse desse arcabouço teórico, parte-se para o objetivo principal do trabalho tratar da responsabilidade civil no processo civil, com atenção específica aos honorários contratuais. Sem dúvidas o tema que se apresenta é de todo espinhoso mesmo no âmbito do direito privado e, para a esfera pública a doutrina é rarefeita, sendo esse um dos percalços didáticos com que a pesquisa se deparou.

O que motivou a escolha do tema, muito embora não seja aspecto relevante do ponto de vista metodológico, foi a necessidade de conformar a linha mestra da responsabilidade civil hodierna, a primazia da vítima, com o processo civil, especificamente quanto à despesa com honorários contratuais sofridas pelo réu vencedor da demanda provocada pelo Estado.

Apropriando-se de neologismo cunhado pelo Professor Francisco Vieira Lima Neto, entende-se que o estudo do processo civil encontra-se povoado pelo abantesma do “autorcentrismo”, é dizer, a Ciência Jurídica encontra-se aficionada para tratar das questões, sempre por uma ótica do autor, relegando ao réu um capítulo (quicá!) sobre a citação e um tópico sobre o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, alocando-o numa posição cientificamente secundária

Essa perspectiva distingue-se daquela verificada para o Direito Penal, onde o réu acabou por assumir um papel de estrelato, atraindo os holofotes sob uma leitura taxada como “garantista”, impedindo-o, inclusive de dispor sobre sua própria defesa. A explicação para uma postura nesse sentido é, sobretudo, perceptível a partir da Constituição do Estado⁴⁵.

O Código de Processo Penal brasileiro foi construído na égide de um Estado essencialmente antidemocrático, todavia populista, possuía uma excessiva carga de Poder e pautava-se numa ideologia de “garantia social”, como se observa no item II de sua exposição de motivos, quando diz “impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado consta os que delinquem”. Em razão disso, a Ciência Jurídica, que se sabe não estar alijada do contexto sócio-histórico, buscou traçar um conjunto de direitos e garantias fundamentais do réu frente ao Estado, visando garantir que ele alcançasse o mesmo tratamento do acusador, uma paridade formal e substancial.

No âmbito do processo civil o movimento foi para instrumentalizar o processo como meio para alcançar o direito material, este pertencente ao autor. O instrumentalismo como teoria científica cuja jurisdição está ocupa o epicentro interpretativo, se preocupou em efetivar

⁴⁵ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1ª ed. 2ª reimp. Bueno Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 02.

as promessas do Estado Social. Em outras palavras, representava a ideia de que o Estado é o responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõe, em razão disso o processo não é um fim em si mesmo, mas é acionado sempre que se caracterizar uma insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão, a qual o Estado é chamado para tutelar. Essa perspectiva é também fundamento para eximir o processo como fonte de danos e, portanto, gerador do direito de reparação⁴⁶.

O novo sistema de direito processual civil instaurado com o Código Civil de 2015 elimina o paradoxo presente no anterior se conformando ao espírito social da Constituição Federal. E, segundo a doutrina, está fundado numa outra perspectiva do processo, trata-se do formalismo-valorativo ou Processo Civil do Estado Constitucional⁴⁷, teoria que, dentre outras características, preconiza que participação democrática dos cidadãos na formação das decisões não pode ser diferente no processo.

A diretriz concede mais poder as partes para atuar nos processos mediante participação ao mesmo tempo em que provoca uma desconcentração de poderes do Estado-juiz em um processo informado por pressupostos de globalidade, intercomunicação, e valores positivados no ordenamento jurídico⁴⁸. Pois, como lembra Hermes Zaneti Jr.⁴⁹, o processo passa a ser compreendido como procedimento em contraditório, orientado pela racionalidade prática procedimental como uma recomposição de forças, logo voltado ao equilíbrio entre poder, cultura e ideologia.

O paradigma atenderia aos pressupostos da adequação, efetividade e tempestividade dos direitos, buscando uma tutela de pessoas, acima de tudo, pois é delas que se constitui o processo, mediante um “processo justo”, no entanto, permanece intocável a ideia de que a propositura da ação, no novo sistema processual, deve ensejar à efetiva realização do direito da parte e a prestação da tutela específica do direito⁵⁰. Destarte, se por um lado o réu apresenta-se mais participativo, de outro, parece ter permanecido o foco no autor.

Este estudo, portanto, tem por objetivo, apoderando-se desse caldo processual, propor uma releitura, alocando o réu como protagonista. O direito processual sendo movimentado

⁴⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 46-48.

⁴⁷MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015. p. 47.

⁴⁸OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. *Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFES*. Vitória, v. 2, p. 13-42, 2008. p. 17.

⁴⁹ZANETI Jr., Hermes. **Processo civil constitucional**. 3ª ed. 2017. p. 201 (no prelo).

⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 209-211.

para tutelá-lo frente ao autor sucumbente. Esse é o escopo e igualmente a relevância do tema, chamar atenção para a litigância irresponsável do Estado, para a movimentação asoberbada da máquina judicial e, com isso, a compressão sofrida pelo réu.

Sob essa ótica o terceiro capítulo demonstra que os danos processuais partiram de uma visão mononuclear da responsabilidade civil processual, inicialmente subjetiva, para ser ampliado a partir da confirmação de uma responsabilidade processual bipartida, admitindo a ótica objetiva. Destaca-se que esse movimento, apesar de ter ampliado os danos processuais, não fez com que deixassem de ser casuísticos, verificando-se o dano processual, mormente, pela má-fé, pela efetivação da tutela provisória, da execução provisória e pelo “custo do processo”. Eventualmente, o legislador lançava no código uma ou outra norma dispondo sobre danos indenizáveis, sem que houvesse preocupação em discipliná-los por meio de uma cláusula geral, tal como fez com os artigos 186 e 927 do Código Civil.

Nessa senda, o trabalho debate sobre o risco como fundamento da responsabilidade civil objetiva no processo e traz como proposta que no caso específico do Estado esse seja interpretado de forma a abarcar também o percurso doutrinário já desenvolvido. Logo, revive as questões referentes à atuação lícita do ente estatal, a saber, a divisão igualitária do ônus público. Em seguida, aborda-se a inovação legislativa que alterou a tratativa da responsabilidade processual em relação ao Estado: o art. 27 da LINDB.

A análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dá-se como é fonte de pesquisa científica, não apenas voltada para afirmar ou negar um posicionamento, visando o levantamento dos fundamentos apresentados nos julgados que versavam sobre a condenação ao ressarcimento das despesas por honorários contratuais.

O resultado final da pesquisa, a partir do resgate dos temas tratados pelos Capítulos I e II, especialmente, quanto ao Princípio da Reparação Integral, é a confirmação da hipótese, com o estabelecimento de responsabilidade pelo exercício legal do direito de ação do Estado, reconhecendo-se que o ordenamento jurídico brasileiro está apto tratar as despesas com honorários contratuais como dano injusto reparável pelo Estado nos moldes do art. 37, §6º, da Constituição Federal, o que é reforçado pela inclusão do art. 27 da LINDB, concebendo-se efetivamente a responsabilidade civil do Estado como meio de tutela de direitos fundamentais e de controle de uma atuação irresponsável no processo.

1 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1.1 COLOCAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A etimologia da palavra “responsabilidade” encontra-se fundada no ambiente jurídico, derivando do vocábulo romano “*sponsio*”, que tinha lugar na figura da “*spulatio*”, e em que o devedor assumia perante o credor uma obrigação, garantida por uma caução ou “*responsor*” e caso não arcasse com a dívida, o credor poderia pugnar aos tribunais o pagamento⁵¹. Todavia, não ficou restrita ao âmbito jurídico, sendo a responsabilidade conceito que se espalha em diferentes espécies de relações inter-humanas⁵² e, mesmo na seara do Direito, assume específicas curvas conforme a natureza e as características da relação que lhe dá margem (penal, administrativa, civil), porque também múltiplos são os atos do homem, o principal agente da responsabilização.

A manipulação da palavra responsabilidade, segundo Ricoeur⁵³, tem sido tão amplamente difundida que chega a ser desconcertante a proliferação e a dispersão dos empregos do termo em seu uso corrente. E, como ensina Klaus Günther⁵⁴, a palavra responsabilidade parece ter se vinculado intimamente ao espírito objetivo da sociedade, com o uso tão frequente na comunicação cotidiana que não provoca objeções ou, ao menos, perguntas sobre quem ou o que é referido.

A par disso, quando se fala em responsabilidade refere-se a dois conceitos, cujo campo de atuação muitas vezes encontra-se imbricado, trata-se da responsabilidade moral e da responsabilidade jurídica. Ambos encontram-se fundamentados sobre a ideia de que o homem é um ser moral, capaz de aceitar regras e cumprir acordos, sendo que “em torno desses compromissos, é que se constitui o tecido de direitos e obrigações regulatório da vida social humana, que tem na pessoa o seu epicentro”⁵⁵.

Assim, embora o termo responsabilidade possa ter empregos difusos, permanece vinculado a ideia de “obrigação de cumprir certos deveres, de assumir certos encargos, de

⁵¹MARTINS-COSTA, Judith. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. São Paulo, v. 93, p. 29-52, 1991. p. 34.

⁵²DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 2.

⁵³RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 33-34.

⁵⁴GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 105.

⁵⁵BARRETTO, Vicente de Paulo. Perspectivas éticas da responsabilidade jurídica. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 06, n. 02, p. 257-278, 2013. p. 257.

atender a certos compromissos”, tornando-se, portanto, uma obrigação de fazer que extrapola o âmbito da reparação e da punição⁵⁶.

É, portanto, o ato do indivíduo, enquanto agente moral, racional e livre, a força motriz da responsabilidade, seja ela jurídica ou moral, que acaba por transforma-se no eixo das relações sociais, tornando-as possíveis, bem como possível o convívio em sociedade, consolidando-se como categoria central dos sistemas Social e Jurídico⁵⁷.

Na relação, verdadeiramente próxima, entre a responsabilidade moral e jurídica é necessário esclarecer que apesar de a etimologia da palavra ser coexistente ao Direito, este é quem recorre aos saberes filosóficos para compor o conceito de responsabilidade, enquanto uma teoria.

O Direito e a Filosofia possuem intrínseca relação, de maneira que os últimos fundamentos do Direito encontram-se enraizados no terreno ético-moral, tal como a fórmula de Ulpiano, no *Liber Regularum: honest vivere, alterum laedere, suum cuique tribuere* e, para além, a questão da responsabilidade moral serviu, e ainda serve – como sinalizam Ricoeur e Hans Jonas –, de fundamento para a imputação e para as responsabilidades jurídicas⁵⁸.

A verdade é que a questão da responsabilidade jurídica necessita ser lida a partir de movimento hermenêutico mais amplo: a positivação dos critérios da responsabilidade no Código de Napoleão, impulsionado pelo positivismo, é inegavelmente um rompimento entre a responsabilidade moral e jurídica, a separação de um julgamento pautado no “bom e no mau”, para a análise legal, expressa em “contrário ou consoante a lei”, considerando como injusto aquele que agride a norma jurídica, mas isso não implica em dizer que as bases da responsabilidade jurídica dissociaram-se moral.

Todavia, é preciso compreender que a responsabilidade jurídica, conforme ensina Henri Batiffol⁵⁹, necessita da dimensão filosófica porque sua própria existência está além do Sistema Jurídico, pressupondo a questão da liberdade e, com isso, o debate entorno da justiça, suscitando, ainda a questão da causalidade. De maneira que é preciso volver, novamente, às bases morais para compreender o instituto da responsabilidade jurídica e, por conseguinte, da responsabilidade civil.

⁵⁶RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 34.

⁵⁷BARRETTO, Vicente de Paulo. Perspectivas éticas da responsabilidade jurídica. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 06, n. 02, p. 257-278, 2013. p. 257.

⁵⁸CAMELLO, Luis Maurílio da Costa. Fundamentos filosóficos da responsabilidade coletiva: a proposta de Hans Jonas. **Revista Ciências Humanas – UNITAU**. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 1-16, 2009. p. 3.

⁵⁹BATIFFOL, Henri. Préface. In **Archives de Philosophie du Droit**. t. XXII. Paris: Sirey, 1977.

A questão da justiça terá lugar em tópico específico [infra, item 1.1.3]. No momento, segue-se o caminho lógico, iniciando-se o tratamento da responsabilidade pelo pressuposto de sua existência: a liberdade. Para tanto, a concepção de pessoa formulada por Kant é elemento indispensável nessa ótica.

Segundo o filósofo para a ideia de pessoa humana é imprescindível a responsabilidade, na medida em que uma pessoa é um sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação, considerando-se o sentido Kantiano de imputabilidade como o julgamento pelo qual se considera alguém como autor (causa libera) de uma ação. Em continuidade, Kant estabelece que a personalidade moral não é nada, além da liberdade de um ser racional sob as leis morais, de maneira que coisa é, portanto, aquilo que não é suscetível de qualquer imputação, objeto do livre-arbítrio ao qual fala liberdade⁶⁰.

A relação do homem com responsabilidade está na sua própria configuração como pessoa, logo, implicando a personalidade moral na condição de ser livre, inelutavelmente a responsabilidade associa-se a liberdade. É nesse sentido que, saltando alguns anos na linha do tempo, encontra-se no, existencialismo humanista de Sartre, explicitada a profundidade da relação do homem com a responsabilidade. Segundo o autor, a responsabilidade é uma consequência natural da existência humana, combatendo a noção de irresponsabilidade, em que se coloca o homem como apenas um elemento a incorporar o cenário pré-determinado das relações causais, com sua atuação limitada seja por Deus, pela Natureza ou destino.

Assim, o fundamento do homem é a liberdade⁶¹, todavia esta não deve ser interpretada como mero livre arbítrio⁶², pois incorpora em si a responsabilidade pelas escolhas adotadas, de maneira que o homem é inteiramente responsável por seus atos, tendo o filósofo condensado sua doutrina na célebre frase: “o homem está condenado a ser livre” em que

⁶⁰KANT, Emmanuel. **Metaphisique des moeurs: Doctrine du droit**. 2ª ed. Paris: J. Vrin, 1979. p. 98-102.

⁶¹Este entendimento é expressamente consignado pelo filósofo em “O ser e o nada” quando aduz que: “Como vimos, para a realidade humana, ser é escolher-se: nada lhe vem de fora, ou tão pouco de dentro, que lhe possa receber ou aceitar. Está inteiramente abandonado, sem qualquer ajuda de nenhuma espécie, à insustentável necessidade de fazer-se até o mínimo detalhe. Assim, a liberdade não é um ser: é o ser do homem, ou seja, ser nada do ser. Se começássemos por conceder o homem como algo pleno, seria absurdo procurar nele depois momentos ou regiões psíquicas em que fosse livre: daria o mesmo buscar o vazio em um recipiente que previamente preenchemos até a borda. O homem não poderia ser ora livre, ora escravo, é inteiramente e sempre livre, ou não é” (SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica**. Trad. Paulo Perdigão. 6ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 545).

⁶²MARQUES, Ilda Helena. Sartre e o existencialismo. **Revista Eletrônica Metavioia São João Del Rei: FUNREI**, São João Del Rei, n. 1, p. 75-80, jul. 1998. p. 78. Disponível em: <https://ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/lable/revistametanoia_material_revisto/revista01/texto09_existencialismo_sartre.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2018.

conclui dizendo “condenado porque não se criou a si próprio; e, no entanto, livre porque, uma vez lançado ao mundo, é responsável por tudo quando fizer”⁶³.

O rompimento de Sartre com a prisão do determinismo e, em última instância, com o próprio Deus cristão⁶⁴, implica não apenas em dar ao homem liberdade ilimitada, mas torná-lo também ilimitadamente responsável, pois o homem ao realizar suas escolhas o faz por todos os demais⁶⁵ engajando a humanidade inteira⁶⁶. Logo, o homem é responsável por si e pelo mundo que o cerca, afinal é pelas suas escolhas que este se constrói.

De outro lado, é verdade que se o determinismo torna o homem irresponsável, em Sartre tem-se o extremo: a plena responsabilidade. É preciso temperança. Dito isso, entende-se ter sido feliz José de Aguiar Dias quando inicia sua clássica obra sobre responsabilidade civil com a seguinte frase: “toda manifestação da atividade humana trás em si o problema da responsabilidade”⁶⁷.

Segundo Francisco Vieira Lima Neto⁶⁸, no Direito essa nota marcante do ser humano se concretiza no reconhecimento das liberdades públicas, dentre as quais desponta a de ir e vir, de manifestação do pensar, do credo, e na esfera privada, no poder que se reconhece à vontade livre de criar direitos subjetivos, que é a base do negócio jurídico. No entanto ressalta que a valorização da liberdade enseja como contraponto a necessidade de estabelecer limites, sendo necessário prever, também no âmbito jurídico, o que ocorrerá quando a pessoa humana, no exercício de sua liberdade, vier a causar dano a outrem ou ao grupo social.

Também no âmbito da responsabilidade civil do Estado a questão tem direto reflexo, pois enquanto a responsabilidade civil para as relações entre particulares tem uma aplicação

⁶³SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica**. Trad. Paulo Perdigão. 6ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 15.

⁶⁴Este rompimento, na busca de um existencialismo ateu, inspirou-se fortemente em Nietzsche e nosso trabalho certamente não estaria completo sem que transcrevêssemos o apelo nietzschiano para que o homem abandone a responsabilidade em Deus e assum-a para si: “Nos negamos Deus, negamos a responsabilidade em Deus: somente com isso redimimos o mundo” (NIETZSCHE, Friedrich. **O crepúsculo dos ídolos, ou como filosofar com o martelo**. Trad. Marco Antônio Casa Nova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 50), igualmente replicado em Sartre nega Deus que utiliza justamente deste rompimento para depositar no homem a consequência e o peso de suas escolhas, razão pela viverá sempre com o dilema da angústia e da náusea: “Se, por outro lado, Deus não existe, não encontramos diante de nós valores ou imposições que nos legitimem o comportamento. Assim não temos nem atrás de nós, nem diante de nós, no domínio luminoso dos valores, justificações ou desculpas. Estamos sós e sem desculpas” (SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica**. Trad. Paulo Perdigão. 6ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 228).

⁶⁵SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica**. Trad. Paulo Perdigão. 6ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 199.

⁶⁶SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica**. Trad. Paulo Perdigão. 6ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 7.

⁶⁷DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 2.

⁶⁸LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – Crítica à luz do Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 29, p. 103-146, 1990. p. 106-108.

que remonta ao Direito Romano⁶⁹, o surgimento da responsabilidade civil do Estado é muito mais recente, sendo fruto da Revolução Francesa e isso ocorre, justamente, pela confusão que se fazia entre o Estado e o governante⁷⁰.

Pensava-se que o Monarca, enquanto representante de Deus na Terra, condição que o distinguia dos demais homens, não poderia ser responsabilizado por suas atitudes, uma vez que “o Rei não erra”, por conseguinte, o Estado, que com ele se confundia, também não estava sujeito à responsabilização. Foi apenas posteriormente, com o surgimento do Estado Moderno, em que se passou enxergá-lo como o organizador das relações sociais entre os homens e fruto de um projeto “racional” da humanidade⁷¹, é que a questão da responsabilidade fincou suas raízes no Direito Público.

Klaus Günther, revisitando as noções do existencialismo de Sartre para tratar de uma nova “Teoria da Responsabilidade”, ensina que a responsabilidade constitui um conceito-chave para indicar mudanças profundas na autocompreensão e no estado espírito das sociedades modernas, dado a sua dispersão pelo tecido social⁷²⁻⁷³. No entanto, apesar de sua estrutura esponjosa e adaptável, alterando-se conforme contexto, duas são as características comuns a todas as suas aplicações, inclusive a jurídica: uma estrutura formal e a função social⁷⁴.

É necessário ressaltar que a construção da “Teoria da Responsabilidade” de Günther não tem por escopo delinear se e como se dará a responsabilização dos entes coletivos, que o tema do presente. Por isso mesmo, não é o objetivo deste estudo a abordagem profunda das construções do jusfilósofo alemão, e sim utilizá-las como ponte para apresentar os contornos epistemológicos da responsabilidade civil do Estado, mesmo porque a construção de Günther é precipuamente voltada para a responsabilidade jurídica penal.

⁶⁹MEZAUD, Henri; MEZAUD, León; TUNC, André. **Tratado teorico y practico de la responsabilidad civil e delictual y contractual**. Buenos Aires: EJE, 1961. p. 15.

⁷⁰FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X da Constituição da República. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 209-213.

⁷¹STOPPINO, Mario, Ideologia. In BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco (Orgs.). Trad. Carmen C, Varriale et al. (coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: UNB, 2005. p. 427-428.

⁷²GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 106.

⁷³Pela importância transcreve-se: “É natural supor que “responsabilidade” constitua um conceito-chave, a indicar mudanças profundas na autocompreensão e no estado de espírito das sociedades modernas. Não se trata apenas da conjuntura de um conceito, pois ligadas a isso há regras e instituições que estabelecem e organizam a distribuição de responsabilidades entre o Estado e a sociedade, bem como entre os cidadãos” (GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 106).

⁷⁴GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 107.

A estrutura formal atua na medida em que “uma pessoa é feita responsável por algo por parte de outrem ou faz-se responsável por si mesma perante outrem”, assim imputam-se à pessoa a responsabilidade por uma ação (comissiva ou omissiva) pela consequência dela, especialmente aquelas consideradas negativas com base em uma norma, o que no âmbito da responsabilidade civil se poderia chamar de dano injusto⁷⁵.

A partir da análise da estrutura formal realizada por Günther são verificáveis duas espécies de responsabilidade: a autorresponsabilidade e a heterorresponsabilidade. Na primeira forma a responsabilidade é interna, trata-se do indivíduo respondendo perante a si mesmo por seus atos. Já na forma da heterorresponsabilidade, ou como prefere nominar Klaus Günther, “heteroimputação de responsabilidade”⁷⁶, é a que se dá com a atuação intersubjetiva dos sujeitos na sociedade, de maneira que se trata de relação social.

A função social que a responsabilidade cumpre é decorrente de sua estrutura formal, pois é partir da relação social de imputação que se poderá dentre os diversos fatores que envolvem todo acontecimento, eleger entre o complexo e obscuro novelo de relações de causalidade e de probabilidade, aquilo que é relevante para explicar o ocorrido, para assim, atribuir a um agente a autoria.

Ocorre que a busca de nexos causais, como se verá adiante [item 2.3] deve ser interrompida em certo ponto, para que seja possível identificar o responsável pelo ato. A escolha deste “corte” está estritamente relacionado aos critérios de imputação⁷⁷. A forma como a imputação de responsabilidade se dará é variável conforme o contexto e seu conteúdo são definidos politicamente pelos cidadãos em um processo cujas bases são à “Teoria da Democracia Deliberativa” de Jürgen Habermas, o que Günther chama de “responsabilidade pela responsabilização”⁷⁸.

No âmbito do Direito o processo para determinação da imputabilidade dá-se por meio da norma, pois no Estado Democrático de Direito, onde é o debate de Günther, “os cidadãos assumem dois papéis diferentes no que se refere ao Direito: são autores das normas e também seus destinatários”⁷⁹.

⁷⁵GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 108.

⁷⁶GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 108.

⁷⁷GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 108.

⁷⁸GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 114.

⁷⁹PÜSCHEL, Flávia Portella. A função comunicativa da responsabilidade civil. In MACHADO, Marta R. de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella (orgs.). **Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito:**

Assim sendo, a responsabilização jurídica para Günther é a resposta a uma norma, ou, melhor expondo, a resposta à infração de uma norma legitimamente posta⁸⁰⁻⁸¹. A função social da responsabilidade, e que pode ser transposta para a responsabilidade jurídica, no contexto da “Teoria da Responsabilidade” desenvolvida por Klaus Günther é de estruturação da comunicação, para que se possa atribuir a responsabilidade aos indivíduos escapando da noção determinista de que a responsabilidade é da sociedade, da natureza ou do destino. Essa percepção é o que permite a estruturação das relações sociais⁸².

A função social da responsabilidade jurídica é uma específica referência a sanção, pois estrutura formal pressuposta parte da consequência de uma ação (comissiva ou omissiva), ou seja, tem-se em conta que cumprirá ao indivíduo, leia-se, pessoa de direito, “prestar contas” pelo ato já consumado.

É o que se observa quando Günther trata da responsabilidade jurídica na seara penal. O alemão ensina que para uma “sociedade da responsabilidade” (ou “sociedade civil”⁸³) uma sentença condenatória é mais importante do que a pena e tem diferentes “mensagens” para o

desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 138. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁸⁰Nesse sentido expõe: “Os destinatários das normas são individualmente competentes para observar o Direito, de forma que podem ser imputados caso violem esse dever, tendo de responder individualmente por seus atos caso isso ocorra. Se e como os entes coletivos também poderiam ser responsabilizados por seus atos são questões que fogem ao escopo desse estudo” (GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato sem seu autor. In MACHADO, Marta R. de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella (orgs.). **Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia.** São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 19. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>. Acesso em: 15 nov. 2018).

⁸¹Os critérios de imputação, formas de identificar o acontecimento que leva ao descumprimento normativo, são: a imputação individualizadora, sendo esta a primordial já que o indivíduo é o aspecto central na “Teoria da Responsabilidade” desenvolvida por Günter como neoesencialista; a relação de causa e efeito descrita naturalisticamente⁸¹, remetendo aos processos físicos, biológicos, neurológicos ou até mesmo psicológicos que determinam o comportamento humano; a sociedade, que tem lugar quando a violação da norma não pode ser atribuída exclusivamente a um indivíduo, reconhecendo-se que a causa de suas ações está na sociedade que o rodeia e, por fim, a vítima, aquele cuja expectativa normativa foi diretamente violada, vale dizer, a pessoa afetada pelo comportamento desviante (GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato sem seu autor. In **Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia.** São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 20. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>. Acesso em: 15 nov. 2018. p. 19-23).

⁸²A imprescindibilidade da responsabilidade é exposta por Pontes de Miranda: “a noção de responsabilidade é necessária à adaptação do homem à vida social, e tão imprescindível à vida comum como os órgãos humanos se fizeram necessários às funções que lhes cabem”, diante disso conclui: “Hoje, já não há muita diferença entre a fada do homem que sacrifica o boi, o porco ou o carneiro, para viver, e a pena que do magistrado que decreta a prisão do criminoso ou a reparação de danos. Entre os dois atos, há mesmidade de fim, a adaptação à vida animal. Esse, à vida social. Ali, necessidade biológica; aqui sociológica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: direitos das obrigações, fatos ilícitos absolutos, responsabilidade, danos causados por animais, coisas animadas, Estado e servidores, profissionais.** Tomo LIII. Atualizado por Rui Stoco, São Paulo: RT, 2012. p. 79).

⁸³GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos.** São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 116.

delinquente, a sociedade e vítima: ao primeiro explicita que “a violação da norma é erro seu e não atribuível às circunstâncias da situação, à natureza ou ao destino, nem tampouco à sociedade”; a segunda que “não é responsável pelo ilícito, e que este tampouco pode ser atribuído ao azar, à natureza ou ao destino, mas à ação responsável de uma pessoa de direito” e a última, à vítima, que “a lesão sofrida não é resultado de má sorte nem consiste num erro pelo qual a própria vítima teria de responder”⁸⁴.

O estudo da composição da responsabilidade civil do Estado exige que se retornem as bases jurídicas do Direito e, por conseguinte, à própria Teoria Geral do Direito,

1.1.1 Estrutura formal da responsabilidade civil do Estado: a conexão com a Teoria Geral do Direito e com o Direito Processual

A estrutura formal da heterorresponsabilidade, conforme definição de Klaus Günther, é a “responsabilidade de uma pessoa por uma ação (ou omissão) ou consequência de uma ação perante outras pessoas”⁸⁵. Como se vê, trata-se de uma espécie de relação e, como tal, está sujeita à estrutura formal padrão, observável em todas as demais relações, pois como ensina Lourival Vilanova “o conteúdo das relações, sua diferenciação, dá-se em virtude da peculiaridade dos campos – matemático, físico, social etc., como estrutura, todavia, são universais”⁸⁶. No campo do Direito diz-se relação jurídica.

O Direito é um sistema de normas de referência objetiva, que aludem, especificamente, aos fatos naturais e de conduta. Tais normas, ao incidirem sobre fatos condicionantes de condutas, entretecem um sistema de relações jurídicas⁸⁷. Estas, por sua vez, são o relacionamento intersubjetivo estabelecido, modificado ou desfeito pelas normas do sistema do Direito⁸⁸ e, quando as relações sociais passam sob a ação desse fecho normativo,

⁸⁴GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 116.

⁸⁵GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 107.

⁸⁶VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 73.

⁸⁷VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 68.

⁸⁸Tárek M. Moussallém ensina que a definição de direito não estaria completa sem a ideia de conjunto, ordem ou sistema, e isso ocorre porque ao se conferir caráter sistemático à realidade que se pretende estudar, no âmbito científico, impõe-se caráter de unidade ao objeto, outorgando, consequentemente segurança ao seu conhecimento (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2006. p. 63-68). No entanto, é relevante o alerta de Francisco Amaral, segundo o autor “o sistema jurídico, embora apresentando características de uniformidade, plenitude e coerência, não pode ser considerado, todavia, produto de puras conexões lógicas, deduzidas de princípios fundamentais harmonicamente dispostos, de modo estático e fechado. Deve ser concebido como uma totalidade social e dinâmica, suficientemente aberta para acolher os problemas

elas adquirem o significado de relações jurídicas, passando de alguma forma a ser relevante para o universo jurídico.

Quanto à estrutura, aplica-se às relações jurídicas o *minimun* estrutural de qualquer relação: são formalmente decompostas em termos que se encontram interligados por um operador relacionante⁸⁹. Acrescida, ainda, do elemento normativo, típico das relações de cunho social⁹⁰.

Sendo interpessoais, tanto em um termo como noutro da relação verificam-se sujeitos que no âmbito jurídico são denominados “sujeitos-de-direito”. Estes se encontram em posições contrapostas e, para marcar tais posições, passam a ser denominados de “sujeito-de-direito ativo” e “sujeito-de-direito passivo”⁹¹. Todavia, além da intersubjetividade, há ainda outro requisito para a constituição de uma relação jurídica: a correspondência integral de um fato social a uma hipótese normativa, afim de que, no plano concreto resultem obrigatoriamente as consequências jurídicas aos sujeitos relacionados.

Dentro do universo jurídico os fatos físicos e sociais que satisfazem a relação de correspondência com as hipóteses fáticas (*species facti* ou *fattispecie astratti*) tomam forma de causa, para diversos efeitos⁹². Esse processo também se dá com a relação de responsabilidade e, uma vez havendo a confirmação da hipótese, o efeito é o surgimento de um liame entre os sujeitos onde um torna-se juridicamente responsável perante o outro. É nesse sentido a afirmação de Lourival Vilanova segundo o qual “onde quer que se dê norma e fato, sobrevém relação jurídica”⁹³⁻⁹⁴.

que se renovam, sem prejuízo de sua ordenação sistemática” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 39).

⁸⁹VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 68.

⁹⁰Esclarece Lourival Vilanova que “as relações jurídicas são jurídicas pelo conteúdo social da conduta e dos fatos naturais relevantes para a conduta juridicamente conformada” e, enquanto espécie de relações sociais são constitutivamente normadas, pois “sempre há norma, ou do uso e costume, ou moral, ou religiosa, ou econômica, ou de cortesia, de urbanidade, ou de regra de linguagem, de comunicação, do vestir, do trabalho e do lazer; há regramento no conduzir um veículo, no andar a pé, no horário de dormir, de acordar, de fazer refeições etc.; no estar num templo, numa festividade cívica, numa oficina, numa universidade, num campo de jogos” (VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 67-69).

⁹¹VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Saraiva. p. 73-74.

⁹²VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Saraiva. p. 71.

⁹³VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Saraiva. p. 75.

⁹⁴Nesse sentido é pertinente a colocação de Fabiano André Mendonça acerca da necessidade de “realizabilidade” da norma jurídica em importante obra acerca dos limites da responsabilidade civil do Estado. Disse o autor: “A diferença do texto da lei, em relação a outro (como um romance), por mais que tenham elementos em comum (como sonhos, gramática, emoções, etc), é que ele pode ser realizado. O texto que representa uma cristalização política em torno de determinados objetivos pode reunir as devidas características e ser exigido. Ou seja, a diferença do que comanda não está na chancela oficial, mas na possibilidade de reunir elementos de realização. Sobretudo, a norma não pode ser irrealizável. Noutras palavras, não pode exigir algo impossível nem tampouco limitar-se à constatação física. Esses são os dois extremos que devem ser evitados (MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da responsabilidade do Estado: Teoria dos limites da responsabilidade**

Essa é a concepção de Kelsen quando na Teoria Pura do Direito inicia a abordagem da estática jurídica tratando a questão da responsabilidade e sua conexão com a sanção e o dever jurídico. Nesse sentido, apresenta a responsabilidade como espécie de sanção em sentido estrito, a qual se subdivide em pena e execução, a primeira voltada para a privação de um bem jurídico e tem finalidade eminentemente pública e a segunda para a indenização do ato ilícito *lato sensu*, visando à recomposição patrimonial⁹⁵.

Tem-se, portanto, que a determinação de uma conduta como antijurídica, para o Direito, em termos normativos, é tornar o próprio fato jurídico, fazendo incidir uma sanção para o ato contrário o Direito. É a lógica jurídica, está pautada não no ser, mas no dever-ser, o que existe é o dever-ser de um comportamento consequente ao Direito, mas o que faticamente se concretiza é uma conduta oposta, é justamente essa que será matéria prima para a incidência da norma atuando como pressuposto de fato.

Ao prescrever a conduta como deve-ser a norma caracteriza-se como dever jurídico, de maneira que é possível concluir, tal como fez Kelsen que “a norma jurídica que prescreve a indenização de um prejuízo causado a outrem estatui – ou melhor: é – um dever jurídico geral”⁹⁶. Esse dever jurídico é o de não lesionar ou ofender o outro, ou ainda, como preferem os mais tradicionais, o *neminem laedere*.

Diante disso, Aguiar Dias diferencia a responsabilidade jurídica da responsabilidade moral a partir da noção de prejuízo, pois segundo o autor “a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo”⁹⁷. Portanto, como se vê, o escopo da responsabilidade jurídica acaba por confundir-se com o próprio problema do direito: restabelecimento da harmonia ou do equilíbrio dissolvido. O dever de não lesar presente na relação jurídica da responsabilidade não ficou restrito a esta ou aquela seara jurídica, mas rompeu com as distinções exclusivamente pedagógicas, de maneira que aos poucos acabou por invadir os domínios da ciência jurídica.

Assim, na medida em que é verificado o respectivo desfazimento da harmonia, que é em síntese a desobediência a um dever com consequente prejuízo, conforme já abordado, surge o instituto da responsabilidade jurídica, visando restabelecê-lo. Pois a responsabilidade é o momento seguinte, decorrente da concretização do fato contrário ao dever jurídico, é a

extracontratual do Estado na Constituição Federal Brasileira de 1988. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2002. p. 38-39).

⁹⁵KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 93-96.

⁹⁶KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 128.

⁹⁷DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 4.

consequência de uma conduta antijurídica que causou dano injusto a alguém, de maneira que se poder chamar de responsável aquele contra quem se forma a relação jurídica com vistas a reparar e indenizar o dano causado, por ele mesmo ou por outrem, quando há responsabilidade de terceiro. Se, por ventura, não há reparação incide sanção também sobre essa conduta antijurídica⁹⁸.

É dizer que no âmbito da responsabilidade há dois deveres jurídicos em pauta: primeiramente, não lesar, em segundo, se lesar, indenizar o dano injusto. E, cumpre ressaltar que já em Kelsen é possível que o dever de indenização se dê independentemente de um juízo sobre o elemento subjetivo, é o que ele denominou de responsabilidade pelo resultado, e que transposta para o atual cenário da responsabilidade civil, poderia se dizer responsabilidade objetiva.

A questão da responsabilização está intimamente relacionada a outro conceito desenvolvido por Kelsen: a imputação. Necessário é estabelecer que o responsável a quem se atribui a conduta contrária ao Direito deve ser capaz de responder pelo ato, ou nas palavras de Kelsen, imputável, compreendido este como “aquele que pode ser punido pela sua conduta, isto é, aquele que pode ser responsabilizado por ela”⁹⁹.

Ao processo que culmina na responsabilidade jurídica chamamos de responsabilização jurídica, que nas palavras de Maurício Bunazar é a responsabilidade jurídica em potência, ou, ainda, “o resultado da deflagração do funcionamento da estrutura jurídica de imputação de consequências aos sujeitos”¹⁰⁰.

⁹⁸Transcreve-se a exposição de Hans Kelsen, pela importância elucidativa: “O fato de que a ordem jurídica obriga à indenização de um prejuízo é corretamente descrito na seguinte proposição jurídica: se um indivíduo causa a outrem um prejuízo e este prejuízo não é indenizado, deve ser dirigido contra o patrimônio de um outro indivíduo um ato coercitivo como sanção, quer dizer, deve retirar-se compulsoriamente a outro indivíduo um valor patrimonial e atribuí-lo ao indivíduo prejudicado, para ressarcimento do prejuízo. Um indivíduo poderia - como já foi notado - ser constituído no dever de não causar a outrem um prejuízo, sem ser obrigado a indenizar o prejuízo causado com a infração daquele dever. Tal seria o caso se ele não pudesse evitar a sanção através da indenização do prejuízo. Segundo o Direito positivo, porém, ele pode - normalmente - evitar a sanção pela indenização do prejuízo. Quer dizer: ele não só é obrigado a não causar a outrem qualquer prejuízo com a sua conduta mas ainda, no caso de, com essa sua conduta, ter causado um prejuízo a outrem, a indenizar esse prejuízo” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 139).

⁹⁹KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 81.

¹⁰⁰BUNAZAR, Maurício B. Taxonomia da sanção civil para uma caracterização do objeto da responsabilidade civil. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Lisboa, a. 1, n. 2, 2012. p. 640. ¹⁰¹Ensina Paulo de Barros que “o direito é uno, tecido por normas que falam do comportamento social, nos mais diferentes setores de atividade e distribuídas em vários escalões hierárquicos” (Carvalho, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39-41). Sendo assim para o outro é “intolerável desconsiderá-lo como tal”, sendo assim, as pretensões de autonomia científica que determinados autores visam sustentar são uma falácia, uma tentativa de “cisão do incindível” ou de “seção do insectionável”, assim a autonomia é somente para fins didáticos. Assim sendo um fato gerado poderá ser estudado por este ou aquele ramo de direito, ou até mesmo por

O fato que origina a responsabilidade jurídica pode ter repercussão em distintas searas do Direito, conforme a natureza da norma jurídica que estabelece o dever jurídico se amolde as divisões didaticamente realizadas pelos cientistas jurídicos, bem como poderá ser objetivo de investigação de diferentes teorias, que o decompõe abstratamente¹⁰¹. Essa variação propicia espécies diversas de responsabilidade jurídica e permitem que o mesmo fato possa ensejar responsabilidade em mais de um domínio jurídico, porque autônomas as normas.

É nesse contexto que surgem as responsabilidades civil, penal e administrativa, no entanto, como bem ressalta José Cretella Jr., “o ponto que liga os campos específicos de conhecimento jurídico é a parte geral de cada campo ou as denominadas teorias gerais”, concluindo o autor que “a Teoria Geral do Direito é uma parcialização metódica do conhecimento jurídico. Põe entre parênteses temas jurídicos que complementam sua visão parcial”¹⁰². Desta feita, é a responsabilidade jurídica do domínio da Teoria Geral do Direito, especificamente, do aspecto teórico-normativo, conforme se espera ter demonstrado.

A responsabilidade jurídica, portanto, não está relacionada a este ou aquele documento legal, nem mesmo a construção doutrinária historicamente considerada¹⁰³. Trata-se de um conceito jurídico fundamental, típico mesmo da epistemologia jurídica, cuja tarefa primordial é auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico, onde e quando ocorrer¹⁰⁴, servindo de base para elaboração dos conceitos jurídico-positivos e auxiliando o operador do direito na árdua tarefa que é compreender, interpretar e aplicar o ordenamento jurídico¹⁰⁵. É o que Cretella Jr. chama, com base em Rudolf Stammler, de “categoria”, isso é, “formulações genéricas, *in*

mais de um ao mesmo tempo, na medida em que se encaixe em um antecedente normativo, sem que com isso se entenda estar o direito cindido, apenas que para fins científicos houve uma autonomia metodológica.

¹⁰¹ Ensina Paulo de Barros que “o direito é uno, tecido por normas que falam do comportamento social, nos mais diferentes setores de atividade e distribuídas em vários escalões hierárquicos” (Carvalho, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39-41). Sendo assim para o outro é “intolerável desconsiderá-lo como tal”, sendo assim, as pretensões de autonomia científica que determinados autores visam sustentar são uma falácia, uma tentativa de “cisão do incindível” ou de “seção do inseccionável”, assim a autonomia é somente para fins didáticos. Assim sendo um fato gerado poderá ser estudado por este ou aquele ramo direito, ou até mesmo por mais de um ao mesmo tempo, na medida em que se encaixe em um antecedente normativo, sem que com isso se entenda estar o direito cindido, apenas que para fins científicos houve uma autonomia metodológica.

¹⁰² CRETILLA Jr., José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 14.

¹⁰³ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da responsabilidade do Estado: Teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2002. p. 49.

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 4ª ed. Salvador: JusPodvm, 2017. p. 55

¹⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 4ª ed. Salvador: JusPodvm, 2017. p. 55.

abstrato, com as respectivas conotações especiais, ainda não comprometida com nenhum dos ramos em que se bifurca a ciência jurídica”¹⁰⁶.

Pode-se, portanto, falar que a responsabilidade jurídica é conceito que adere à “Teoria Geral do Direito”, tratando-se de uma teoria parcial que serve de base para as teorias individuais, que surgem visando estudar as normas de distintas searas jurídicas, cuja descrição é referente às relações sociais que visa regular e pacificar, sendo esse o fim precípua o Direito. Uma destas é Direito Civil, no qual o instituto toma forma da responsabilidade civil e se diz haver no âmbito científico uma “Teoria da Responsabilidade Civil”. Por certo houve um caminho histórico-evolutivo para o surgimento da responsabilidade civil, no entanto não é objetivo do presente percorrê-lo, conforme já exposto quando se tratou no tópico introdutivo da metodologia.

A responsabilidade civil, como espécie de responsabilidade jurídica, subdivide-se e engendra a responsabilidade civil contratual e extracontratual, esta última, se subdivide, ainda, em responsabilidade civil extracontratual em “sentido amplo” e em “sentido estrito”, sendo apenas este último o objeto do presente estudo, sendo todas essas estudadas por uma “Teoria da Responsabilidade Civil”, aplicável ao Direito brasileiro, mas, irrefutavelmente repleta de conhecimento adquirido do Direito comparado.

Em “sentido amplo”, como ensina Maurício Bunazar a partir da responsabilidade jurídica possível aplicar as sanções de invalidação de ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico, de perda de uma posição jurídica ativa, de imposição do dever de imputação patrimonial, de imposição do dever de fazer ou não fazer algo, sem que necessariamente tenha ocorrido, ou antes que ocorra, dano injusto e, ainda, de imposição do dever de fazer algo a título de indenização¹⁰⁷.

Por outro lado, no que se refere à responsabilidade em “sentido estrito”, tem-se que se encontra a adstrita à indenização pelo dano sofrido, neste trabalho esse conceito será referido simplesmente por responsabilidade civil. A norma jurídica que a fundamenta possui como descrição lógico-formal “não se deve causar dano injusto”, uma vez concretizado o dano injusto, que é a atuação contrária ao Direito, a incidência normativa determina que “se for causado dano injusto, então haverá obrigação de indenizá-lo”¹⁰⁸ e, ainda, conforme ensina Kelsen, se descumprida essa obrigação, “deve ser aplicação de sanção sobre o patrimônio do

¹⁰⁶CRETILLA Jr., José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 14.

¹⁰⁷BUNAZAR, Maurício B. Taxonomia da sanção civil para uma caracterização do objeto da responsabilidade civil. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Lisboa, a. 1, n. 2, 2012. p. 643-645.

¹⁰⁸BUNAZAR, Maurício B. Taxonomia da sanção civil para uma caracterização do objeto da responsabilidade civil. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Lisboa, a. 1, n. 2, 2012. p. 645.

responsável para a reparação do dano”, esta última sempre com participação do Estado-juiz. Essa construção é aplicável à seara contratual e extracontratual, quanto à última é a abordagem.

A responsabilidade civil em sentido estrito do Estado é, portanto, aquela que se dá em decorrência das atividades estatais sem qualquer conotação pactual¹⁰⁹, embasada na ideia de que, como qualquer outro sujeito-de-direito, se o Estado encontrar-se na posição de quem causou dano injusto a alguém, deve indenizar a vítima, sendo esse hoje entendimento prevalecente¹¹⁰.

Ressalta-se que o Estado enquanto pessoa jurídica é ser intangível e fisicamente incapaz de realizar atos, mas capaz de ter personalidade jurídica a partir da consagração da “Teoria da Realidade Técnica”¹¹¹. Sendo assim, o Estado somente faz-se presente no mundo jurídico por meio de seus agentes, estes são quem de fato podem lesar terceiros, embora o dano injusto seja imputado ao Estado¹¹².

Nesse sentido, é preciso destacar que na relação jurídica de responsabilização civil do Estado o fato jurídico que a enseja é concretizado pela atuação de um agente, ensejando, nesse cenário três elementos: Estado, agente estatal – termo empregado como referência a todo aquele que atua em nome do Estado. – o e lesado E, diante disso é possível se falar em duas relações jurídicas de responsabilização: a primeira formada entre o Estado e vítima, e uma segunda, formada entre o Estado e o agente causador do dano, nos termos do art. 37, §6º da Constituição Federal¹¹³.

A relação jurídica entre o Estado e a vítima visa indenizar esta de seu prejuízo, tem por fundamento a responsabilidade objetiva, de outro lado a relação entre o Estado e o agente

¹⁰⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 666). ISBN 978-85-97-01589-8.

¹¹⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 983.

¹¹¹Nesse sentido, ensina: Oswaldo A. Bandeira de Mello: “a atividade funcional do Estado, como ser abstrato, realidade acidental, formada de relações de seres substanciais, os seres humanos, se efetiva mediante a ação destes, pessoas físicas, seus agentes, mas no seu nome e por sua conta, como centro de atribuições e operações. A cada um desses agentes corresponde um círculo de atribuições, para ser objeto do exercício de poderes e cumprimento de deveres, que exteriorizam a personalidade do Estado, como ser capaz de direitos e obrigações. Dada a complexidade e amplitude das atribuições do Estado, em razão das suas altas funções, é impossível o exercício delas por um só agente, mas se impõe seja por uma pluralidade deles. A manifestação das vontades de ditos agentes, segundo as respectivas atribuições, forma a vontade unitária da pessoa jurídica, Estado-sociedade, pois são a eles imputadas como sua vontade’. Portanto, a Administração Pública só pode realizar as atividades que lhe são próprias através de agentes ou órgãos vivos (funcionários e servidores), de tal modo que a ação da Administração Pública, como ação do Estado, se traduz em atos de seus funcionários” (CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 13).

¹¹²CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 666). ISBN 978-85-97-01589-8.

¹¹³CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 676). ISBN 978-85-97-01589-8.

público causador do dano objetiva recompor o erário público da verba que o agente, em sua atuação, obrigou-o a dispor, nesse caso fundamenta-se na culpa.

A dúvida que persiste é sobre a possibilidade de formação de uma relação jurídica diretamente entre a vítima e o agente estatal, dispensando-se o Estado. A doutrina não é unânime¹¹⁴ e a jurisprudência é vacilante: o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade se manifestar no sentido da inviabilidade, considerando que o art. 37, §6º estabelece uma dupla garantia, à vítima de que poderá exigir do Estado a indenização pelo dano injusto sofrido, e ao agente estatal, de que responde administrativa e civilmente perante o Estado¹¹⁵, todavia a matéria encontra-se ainda em aberto com a pendência de julgamento do Tema 940, em que será analisado no Recurso Extraordinário nº 1.027.633/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio¹¹⁶. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, ao contrário, tem sido no sentido da legitimidade do agente do Estado¹¹⁷.

¹¹⁴Em sentido favorável: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 695). ISBN 978-85-97-01589-8; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1135; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 1028; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Direito Administrativo Brasileiro**. v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1974. p. 481-482. Em sentido contrário: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. atual. BURLE, Carla Rosado; FILHO, José Emanuel Burle. São Paulo: Malheiros Editores. 2016. p. 789.

¹¹⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso Extraordinário nº. 327904/SP. Recurso Extraordinário. Administrativo. Responsabilidade Objetiva do Estado: § 6º do Art. 37 da Magna Carta. *Ilegitimidade Passiva ad Causam*. Agente Público (Ex-Prefeito). Prática De Ato Próprio Da Função. Decreto De Intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Rel. Min. Carlos Britto. Julgamento em: 15.08.2006. Publicação em: 08.09.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260882>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

¹¹⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). Recurso Extraordinário nº. 1027633/SP. Responsabilidade Civil – Indenização – Réu Agente Público – Artigo 37, § 6º, Da Constituição Federal – Alcance – Admissão Na Origem – Recurso Extraordinário – Repercussão Geral Configurada. Possui repercussão geral a controvérsia alusiva ao alcance do artigo 37, § 6º, da Carta Federal, no que admitida a possibilidade de particular, prejudicado pela atuação da Administração Pública, formalizar ação judicial contra o agente público responsável pelo ato lesivo. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 23.03.2017. Publicação em: 21.11.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14092374>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

¹¹⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. 731746/SE. Recurso especial. Dano moral. Alegação de ato ilícito praticado por agente público estadual. É faculdade do autor promover a demanda em face do servidor, do Estado ou de ambos, no livre exercício do seu direito de ação. Recurso Especial provido para afastar a ilegitimidade passiva do agente. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 05.08.2008. Publicação em: 04.05.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=200500405586&dt_publicacao=04/05/2009>. Acesso em: 19 nov. 2018.

Em síntese, tem-se que a responsabilidade civil encontra-se ligada à “Teoria Geral do Direito”, na medida em que se serve de conceitos lógicos-jurídicos por ela moldados e, de forma autônoma, no aspecto científico, dá origem à chamada “Teoria da Responsabilidade Civil”, que é um dos aspectos sob o qual o ato originador de responsabilidade jurídica poderá ser estudado.

A “Teoria da Responsabilidade Civil”, embora tenha se desenvolvido substancialmente pelos civilistas, considerando que a responsabilidade civil encontra no Direito Civil o seu desenvolvimento, após ser segregada do ilícito penal, não mais se encontra refém dessa seara, mesmo porque, como dito, as divisões metodológicas não se aplicam as normas jurídicas, são subterfúgios dos cientistas para recortar os objetos de estudo. Assim, existem normas jurídicas estabelecendo a responsabilização civil espalhadas pelo ordenamento jurídico.

No que se refere ao Estado, a Constituição Federal incumbiu-se de estabelecer a norma geral e a doutrina, juntamente com jurisprudência, apresentou as especificidades que acreditou serem relevantes para aplicação jurídica do instituto. No entanto, o conhecimento específico dos administrativistas não descola da espinha dorsal da “Teoria da Responsabilidade Civil”, reconhece-se um estudo complementar, não autônomo.

Ademais, no que se refere à responsabilidade civil do Estado, é preciso ter em mente, ainda, que também o Estado é objeto de estudo em distintas searas jurídicas, notadamente, o administrativo, o constitucional e o processual¹¹⁸, com ênfase nos poderes clássicos, razão pela qual é inclusive incorreto utilizar o termo “responsabilidade civil da Administração Pública”, haja vista encontrar-se restrito à responsabilização do Poder Executivo.

O objeto do presente estudo é a análise da responsabilidade civil objetiva do Estado, em decorrência de uma atuação administrativa na seara processual, parte-se de um “Teoria da Responsabilidade Civil”, mas com a certeza de que a multidisciplinaridade é inafastável e, mais que isso, recomendável.

1.1.2 A função social da responsabilidade civil do Estado: postulado do Estado de Direito e necessidade de (re)dimensionamento

¹¹⁸MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da responsabilidade do Estado: Teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2002. p. 50.

A função social da responsabilidade jurídica conforme já foi abordado é justamente a de permitir que a pessoa de direito, por sua livre atuação, “preste conta” de sua conduta que gerou dano injusto a outrem. A partir de uma estrutura formal, que inclusive compõe o próprio fundamento normativo do Direito, e com isso permitir que as relações sociais, apesar de imperfeitas¹¹⁹, não impeçam o convívio do homem em sociedade. A imprescindibilidade da responsabilidade é exposta por Pontes de Miranda como sendo “necessária à adaptação do homem à vida social, e tão imprescindível à vida comum como os órgãos humanos se fizeram necessários às funções que lhes cabem”¹²⁰⁻¹²¹.

Ocorre que a função social da responsabilidade civil serve, também, para abrandar o rigor formalístico que uma análise meramente voltada para a sua estrutura formal causaria. Compreender que a responsabilidade civil é uma espécie de relação jurídica é relevante, todavia não é suficiente. Assim como entender que o Estado deve ser civilmente responsável pelos danos injustos que vier a causar em sua atuação é basilar, mas é exige um *plus*: defender ou negar a responsabilidade civil do Estado por uma atuação pressupõe a definição dos fundamentos da responsabilização estatal e, para tanto, é preciso também apontar qual é o Estado à que se estar a falar.

O desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado é muito posterior às primeiras demarcações na esfera privada, durante muito tempo figurou como ente irresponsável. As razões que motivam esse “retardo” são múltiplas: filosóficas-políticas, especialmente pela inexistência de uma teoria que pudesse efetivamente explicar o Estado, que por muito tempo permaneceu mistificado e manipulado por questões econômico-religiosas, e jurídicas, mesmo pela falta de bases filosóficas sólidas, as teses e teorias jurídicas para construir o Estado

¹¹⁹Como bem coloca Fabiano André de Souza Mendonça ao tratar da responsabilidade civil do Estado por atos judicial: “afinal, o instituto da responsabilidade existe exatamente porque as relações humanas não são perfeitas” (MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da responsabilidade do Estado: Teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2002. p. 15).

¹²⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: direitos das obrigações, fatos ilícitos absolutos, responsabilidade, danos causados por animais, coisas animadas, Estado e servidores, profissionais**. Tomo LIII. Atualizado por Rui Stoco, São Paulo: RT, 2012. p. 79.

¹²¹Continua o jurista: “Hoje, já não há muita diferença entre a faca do homem que sacrifica o boi, o porco ou o carneiro, para viver, e a pena que do magistrado que decreta a prisão do criminoso ou a reparação de danos. Entre os dois atos, há mesmidade de fim, a adaptação à vida animal. Esse, à vida social. Ali, necessidade biológica; aqui sociológica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: direitos das obrigações, fatos ilícitos absolutos, responsabilidade, danos causados por animais, coisas animadas, Estado e servidores, profissionais**. Tomo LIII. Atualizado por Rui Stoco, São Paulo: RT, 2012. p. 79).

enquanto pessoa de direito e responsável civilmente pelos atos de seus agentes coincidem com o afastamento dos fantasmas do absolutismo¹²².

Nesse sentido, a evolução da responsabilidade civil do Estado possui fases bem delineadas, não é o objetivo fazer uma retrospectiva histórica, apenas demonstrar um ponto: a ideia de que a responsabilidade civil do Estado é um consequência do Estado de Direito, pois como bem ensina Celso Antônio de Bandeira Mello: “A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito”¹²³.

A primeira fase é a da irresponsabilidade do Estado, em que vigoravam concepções típicas do absolutismo – “le roi ne peut mal faire” e “the king can do no wrong”. Posteriormente, com as revoluções ocorridas nos séculos XVII e XVIII, houve a desmistificação do Estado, sendo então possível prever sua responsabilidade civil, conforme dispôs a lei decorrente da Revolução Francesa, Lei do Pluviose, dando-se início a fase da responsabilidade por culpa subjetiva¹²⁴. No Direito brasileiro não houve essa fase, mesmo porque a primeira Constituição Federal foi em 1824, seguida pela primeira Carta Magna da República, em 1891 e ambas responsabilizavam o Estado civilmente¹²⁵.

A culpa subjetiva apresentou os primeiros passos da era da responsabilização do Estado e ainda encontrava algumas amarras, herdadas da fase da irresponsabilidade, assim dividiam os atos do Estado em atos de império e os atos de gestão, os primeiros seriam aqueles praticados pela Administração na autuação da soberania do interesse público sobre o privado, já os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares e, portanto, somente neste último caso haveria responsabilização civil do Estado. Até então, como se observa, os contornos empreendidos pela responsabilidade civil

¹²²Nesse sentido esclarece Monteiro Filho: “A noção de que o Estado por nada responde relaciona-se a uma fase histórica bastante clara e acentuada do absolutismo, principalmente do início do século XIX (período oitocentista), e mais ainda ao século XVIII (período setecentista). O Estado caracterizava-se, em primeiro lugar, por sua soberania e, não por outro motivo, encontrava-se formal e hierarquicamente acima dos seus súditos. Era o que fazia Direito e, por fazer o Direito, por dizer o Direito e por estar soberanamente acima dos súditos O insista-se -, seria uma contradição vir a ser considerado culpado e ter que indenizar o particular por um ato contrário ao Direito, tudo o que fazia era, e tinha de ser, de Direito (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 43).

¹²³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 989.

¹²⁴FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X da Constituição da República. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 209; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006. p. 71.

¹²⁵MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 43.

do Estado são contemporâneos às alterações surgidas pela responsabilidade civil na seara privada, cujo Código Francês de 1804 foi um marco.

Com atuação da jurisdição administrativa francesa especialmente no final do século XVIII e início do século XIX, configurou-se a alavanca na temática da culpa para o risco, mas esta somente alcançou outros ordenamentos jurídicos, como a Inglaterra, os Estados Unidos e o Brasil no período coincidente com o final da Segunda Guerra Mundial¹²⁶, portanto o Código Civil de 1916, mesmo exposto à doutrina do risco via-a segmentada à esfera privada. Foi a partir da construção pretoriana que se passou a questionar a efetividade da culpa, desenvolvida para as relações privadas, na responsabilidade do Estado, cujas relações têm natureza de direito público.

Nesta esteira, primeiramente desenvolveu a responsabilidade fundada na culpa anônima, buscando distinguir a responsabilidade pela atuação do Estado e do funcionário público, de maneira que o Estado era responsável pelo mau funcionamento do serviço público, sem identificação do funcionário. Essa teoria chegou a nortear a interpretação do art. 15 do CC/16. Ocorre que, com a consolidação da responsabilidade fundada no risco criado, associada à importância assumida pelos direitos fundamentais da Declaração dos Direitos do Homem, especialmente da concepção de igualdade, o Conselho de Estado Francês, sem abandonar a “Teoria da culpa anônima”, admitiu ao julgar o “Caso Couitès”, em 1923, a responsabilidade objetiva do Estado, inaugurando a quarta e última fase, tendo a Constituição Brasileira de 1946 seguido essa tendência¹²⁷.

Pelo breve percurso histórico exposto vê-se que o instituto da responsabilidade civil do Estado, duas são as conclusões latentes: 1) que a responsabilização estatal é decorrente do Estado de Direito e 2) que em razão disso, diferentemente da responsabilidade jurídica entre particulares que é base elementar para a formação do tecido social, sendo esta a sua função social, no âmbito público, atua como mecanismo de proteção do cidadão em face do Estado, é, portanto, mecanismo de garantia de direito fundamental, especialmente o da igualdade e da inviolabilidade da propriedade privada, no seu conceito mais amplo, material e imaterial. Para além, tem-se que a responsabilidade civil do Estado não tem como objetivo repreensão ou sanção do autor do dano, mas encontra-se pautada na ideia de primazia do interesse da vítima.

¹²⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 139.

¹²⁷FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X da Constituição da República. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 209-213.

Fausto de Quadros ensina que na sociedade convivem permissividade e lassidão que seria “suficiente para que cada um de nós, a começar pelos titulares do Poder, não faça questão em se considerar responsável nem goste de ser responsabilizado”, mas em contraponto a Democracia e o Estado de Direito, encontram-se assentados na liberdade, na autoridade e na responsabilidade, que funcionam como mecanismos de contenção para os excessos daqueles¹²⁸.

O Estado de Direito, ou no original alemão “*rechtssaft*”, é uma fase ulterior do Estado Moderno que marca a passagem da esfera da legitimidade para a legalidade, cuja identificação deu-se no séc. XIX, pelo constitucionalismo alemão¹²⁹. O seu surgimento remonta de uma forma geral às Revoluções do séc. XVIII, impulsionadas pelo retorno de características marcantes do Estado Absoluto, isso é, redução das categorias sociais à faixa social, eliminação da presença política do indivíduo, que se encontrava totalmente absorvido pela dimensão comunitária de membro de um corpo social e conformação do Estado como o príncipe e seus aparelhos de poder, com monopólio da esfera política¹³⁰.

Assim, é erguido sob os ideais de liberdade política e igualdade de participação dos cidadãos. O Estado fundado sob o Direito tem o dever de respeitar o indivíduo, os seus direitos naturais e também a sociedade e suas leis naturais, especialmente no que se refere às questões econômicas¹³¹, considerando que o seu surgimento dá-se em uma ordem eminentemente liberal, onde a burguesia, que enfim havia ascendido ao poder, buscava meios para se consolidar economicamente.

Diz-se, portanto, que com o surgimento do Estado de Direito, fundado na legalidade, houve o reconhecimento do indivíduo perante o Estado, deixa-se de falar em súdito para se falar em cidadão e, como tal, detentor de direitos e liberdades. Esse primeiro momento do Estado de Direito, de cunho liberal, é caracterizado pela presença da limitação do poder estatal pela lei e do respeito aos direitos fundamentais do homem pelo Estado¹³²⁻¹³³.

¹²⁸QUADROS, Fausto de. **Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 8-9.

¹²⁹SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 42, n. 197, p. 2013-230, jul./set. 2005. p. 220.

¹³⁰SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. In BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco (Orgs.). Trad. Carmen C. Varriale et al. (coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: UNB, 2005. p. 429.

¹³¹SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. In BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco (Orgs.). Trad. Carmen C. Varriale et al. (coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: UNB, 2005. p. 430.

¹³²SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 42, n. 197, p. 2013-230, jul./set. 2005. p. 221.

¹³³Canotilho sintetiza o Estado de Direito com as seguintes características: “um Estado liberal, limitado à defesa da ordem e segurança públicas; as questões econômicas e sociais ficaram sob o domínio dos mecanismos da

É necessário pontuar que o Estado de Direito, nesse momento, não se confunde com o Estado Democrático de Direito, pois as Revoluções do séc. XVIII não deram origem a democracia moderna¹³⁴, todavia foram fundamentais para o surgimento de um governo representativo, conceito este mais restrito mas considerado o embrião de um Estado Democrático¹³⁵.

É preciso distingui-lo, também, do Estado Legal, em que o Estado funde-se ao ordenamento jurídico, como se fossem um. Nesse caso, com veias no positivismo jurídico, leva-se ao extremo a valorização do Princípio da Legalidade, o epicentro do Estado é o Direito, e o Direito é reduzido à lei¹³⁶.

Retornando ao Estado de Direito e sua relação com a responsabilidade civil do Estado, tem-se que a partir do momento em que se passou a reconhecer que todas as pessoas, tanto as de Direito Privado quanto as de Direito Público estão sujeitas, igualmente, as normas do ordenamento jurídico, consagrando-se o Princípio da Legalidade, não há outra conclusão

liberdade individual e da liberdade de concorrência; a garantia dos direitos fundamentais decorreria do respeito de uma esfera de liberdade individual, sendo que a liberdade e a propriedade somente poderiam sofrer intervenções por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular; a limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano, estando este também submetido ao império da lei; e os poderes públicos, nas áreas de defesa e segurança públicas, deveriam atuar nos termos da lei (princípio da legalidade da ad- Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005 221 ministração); e, por fim, a existência de um controle judicial da atividade da administração pública, que, no modelo alemão, poderia ser feito ou pela jurisdição ordinária ou pela justiça administrativa (tribunais administrativos)” (SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 42, n. 197, p. 2013-230, jul./set. 2005. p. 220-221)

¹³⁴SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 42, n. 197, p. 2013-230, jul./set. 2005. p. 221.

¹³⁵O conceito de Estado Democrático de Direito, para José Afonso da Silva seria o Estado que “se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”(SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, v. 30, dez. 1988. p. 66)

¹³⁶Kelsen, ao tratar do Estado de Direito, acaba por transformá-lo no Estado Legal, é o que se infere desse excerto de Teoria Pura do Direito: “Em primeiro lugar, deve observar-se que um Estado não submetido ao Direito é impensável. Com efeito, o Estado apenas é existente nos atos do Estado, que são atos postos por indivíduos e são atribuídos ao Estado como pessoa jurídica. E tal atribuição apenas é possível com base em normas jurídicas que regulam especificamente estes atos. Dizer que o Estado cria o Direito significa apenas que indivíduos, cujos atos são atribuídos ao Estado com base no Direito, criam o Direito. Isto quer dizer, porem, que o Direito regula a sua própria criação. Não há, nem pode haver, lugar a um processo no qual um Estado que, na sua existência, seja anterior ao Direito, crie o Direito e, depois, se lhe submeta. Não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas é o Direito que, regulando a conduta dos indivíduos e, especialmente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, submete a si esses indivíduos. De uma auto-obrigação do Estado apenas se poderia falar no sentido de que os deveres e direitos que são atribuídos à pessoa do Estado são estatuídos por aquela mesma ordem jurídica cuja personificação é a pessoa do Estado. Esta atribuição ao Estado, isto é, a referência à unidade de uma ordem jurídica e a personificação desta, daí mesmo resultante, é, como importa sempre acentuar, uma operação mental, um instrumento auxiliar” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 218).

lógica coerente senão a que todos estão sujeitos a responderem pelos atos que causem dano injusto¹³⁷.

No entanto, a relação entre o Estado de Direito e a responsabilidade civil do Estado, apesar de uma inegável relação lógico-jurídica, não foi automática, como se viu, por um período vigorou ainda a ideia de irresponsabilidade¹³⁸. Foi o ponto inicial para o reconhecimento, por isso diz-se que a responsabilidade civil do Estado decorre do Estado de Direito, no entanto, é preciso ressaltar que enquanto mecanismos para proteger a vítima da atuação estatal contrária ao Direito, tanto na esfera existencial como na patrimonial necessitou de um amadurecimento das questões sócio-políticas, uma vez que acaba por ser “uma manifestação jurídica de uma atitude política”¹³⁹.

Seu espaço para afloramento ocorre mesmo quando se passa a tratar de acesso ao Direito aos tribunais, é nesse cenário que Canotilho aloca que ele chama de “Princípio da Responsabilidade da Administração”, e atribui-lhe que os particulares lesados nos seus direitos, liberdades e garantias, pela atuação, no exercício das funções e por causa desse exercício, de titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, podem demandar do Estado exigindo uma reparação de danos¹⁴⁰, funcionando, ainda, como função ineliminável do Estado de Direito Material, da realização de justiça material, nos caso em que há responsabilidade por atos lícitos¹⁴¹.

É justamente por ser imprescindível tal análise que se pode dizer que a responsabilidade civil do Estado dever ter sua importância redimensionada, pois é também objeto das discussões teóricas voltadas para a tutela dos direitos fundamentais¹⁴², razão pela

¹³⁷Nesse sentido, expõe Celso Antônio de Bandeira Mello, com arrimo em Eduardo Sotto Kloss: “Perfilhamos ainda seu entendimento de que a idéia de República (*res publica* - coisa pública) traz consigo a noção de um regime institucionalizado, isto é, onde todas as autoridades são responsáveis, "onde não há sujeitos fora do Direito". Procede inteiramente a ilação que daí extrai: se não há sujeitos fora do Direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável. Ser responsável implica responder por seus atos, ou seja, no caso de haver causado dano a alguém, impõe-se-lhe o dever de repará-lo (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 990).

¹³⁸Alerta Maria Emília Mendes de Alcântara: “a teoria da responsabilidade patrimonial do Estado, que deveria ter surgido como consequência natural e lógica da afirmação dos direitos individuais, não chegou a ser estabelecida, visto que não basta proclamar direitos, sendo necessário que concomitantemente, se estabeleçam garantias em favor dos titulares desses direitos contra a sua violação (Alcântara, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. 1ª ed. São Paulo: Editora RT, 1988. p.15).

¹³⁹MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da responsabilidade do Estado: Teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2002. p. 18.

¹⁴⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 171.

¹⁴¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974. p. 13.

¹⁴²PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2008. p. 60.

qual tem encampado questões como a Teoria dos Direitos Fundamentais, a função social de conceitos e categorias, a normatividade dos princípios e sua extensão às relações horizontais.

É de se concluir que a responsabilidade civil do Estado, tem por objeto a proteção do indivíduo, que na relação é a vítima, o ofendido. Tal conceito se tornou, no período pós-industrial, também a tônica da esfera privada, no entanto, para Odete Medauar, “há um nítido caminho da responsabilidade do Estado, sempre em prol da vítima, e me parece, fazendo uma apreciação geral, que não poderíamos ter um retrocesso nisso”¹⁴³.

Assim sendo, é o indivíduo o cerne da relação de responsabilização civil do Estado, visa-se a sua proteção e reparação da forma mais completa possível. Nesse âmbito, mitigou-se o dogma da supremacia do interesse público, com a primazia do interesse da vítima, que como se verá adiante tem como fundamento ético-jurídico a solidariedade.

1.1.3 A justiça corretiva e a solidariedade enquanto fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil: a busca pela Reparação Integral.

Acerca do elemento ético-jurídico é importante consolidar que sua importância está além de um debate que permeie a filosofia em um estudo multidisciplinar. É preciso examinar os elementos ético-jurídicos que informam a responsabilidade civil, pois é a partir destes que as premissas dogmático-axiológicas se fixam e, portanto, neles encontra-se assegurados a postura prático-teórica que um intérprete, em face dos casos concretos, veste-se de recurso para solucionar problemas, especialmente os que a lei não prevê, ainda que inconscientemente.

Conforme já foi anteriormente falado, a questão da responsabilidade jurídica, especificamente da responsabilidade civil, está intrinsecamente ligada à concepção filosófica de justiça. Seria possível, inclusive, realizar um estudo inteiramente embasado na relação entre a responsabilidade civil e dos diversos conceitos de justiça. Maria Celina Bodin de Moraes é precisa ao afirmar que as controvérsias que a circundam a responsabilidade civil têm como característica principal as distintas concepções acerca do Princípio da Responsabilidade, que se encontra fundamentado diretamente na ideia de justiça de uma sociedade¹⁴⁴⁻¹⁴⁵. A

¹⁴³MEDAUAR, Odete. Jornada sobre Gestores Públicos e Responsabilidade Civil da Administração Pública apud BORGES. Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado á luz do Código Civil: um toque de Direito Público. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006. p. 20.

¹⁴⁴MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p.147.

análise realizada por Caio Mario da Silva Pereira endossa o entendimento da civilista, sobressaindo, ainda, que tal problemática é indiferente da filiação histórica ou ideológica, se é *Civil Law* ou *Common Law*¹⁴⁶.

O objetivo do presente tópico é, no âmbito da colocação epistemológica da responsabilidade jurídica do Estado, realizar uma ligação com o conceito basilar de “justiça corretiva” de Aristóteles, que pode ser apontada como o primeiro fundamento ético-jurídico da responsabilidade civil e a solidariedade, descrita como o atual fundamento ético-jurídico, inclusive da responsabilidade civil do Estado, buscando um diálogo entre tais conceitos, considerando que a proteção da vítima, é o verdadeiro matiz da responsabilização na esfera cível.

Os conceitos de “justiça distributiva” e de “justiça corretiva” são provenientes da obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles¹⁴⁷ e, como espécies de justiça particular, portanto voltadas para a distribuição dos bens, são orientadas pela noção de igualdade¹⁴⁸, que deve ser calculada de forma distinta para cada uma.

Na justiça distributiva, o calculo da igualdade dá-se de forma geométrica, especificamente, a partir do conceito de proporcionalidade, uma vez que é voltada para a relação do indivíduo com a sociedade a qual se encontra inserido enquanto membro, se manifestando “nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição”¹⁴⁹.

A igualdade de proporção deve ser referente a uma qualidade pessoal do destinatário do bem ou encargo, apreciável conforme o regime adotado pela comunidade. Assim, nas oligarquias rege-se pela a riqueza, na aristocracia pela virtude e na democracia pela condição

¹⁴⁵Em sentido similar Konrad Zweigert e Hein Kötz aduzem: “O principal objetivo da disciplina da responsabilidade civil consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as ideias de justiça e equidade dominantes na sociedade” (ZWEIGERT, Konrad. **Introduzione al Diritto Comparato**. v. II: istituti. Milano: Giuffrè, 1995. p. 316).

¹⁴⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 23.

¹⁴⁷ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *E-book*. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁴⁸ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *E-book*. p. 102-104. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁴⁹ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *E-book*. p. 101. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

de homem livre¹⁵⁰. Segundo Aristóteles para essa espécie de justiça particular, o justo é o proporcional, enquanto o injusto é o que viola a proporção¹⁵¹, o que é comum deve ser repartido igualmente, pelas condições pessoais. Essa noção, atualmente, é também informada pela “justiça social”, que partilha da mesma matriz filosófica, todavia atualizada para o contexto do Estado Democrático de Direito.

A justiça corretiva, que se dá entre indivíduos no seio da sociedade, por sua vez, seria uma justiça cujo cálculo para alcançar a igualdade entre as partes é aritmético, estão em relação o “ganho” e a “perda”, cumprindo ao juiz balanceá-los para corrigir possíveis desigualdades. E, quando não quantificáveis, como, por exemplo, em casos de ferimento ou morte, cumpre ao juiz (o justo) estimar o dano¹⁵², de maneira que a justiça corretiva é definida como “o intermediário entre a perda e o ganho”¹⁵³⁻¹⁵⁴.

Com sua aplicação voltada as relações privadas, a justiça corretiva encampa tanto as relações voluntárias e involuntárias, a primeira é a expressão da seara contratual, enquanto a segunda é referente aos atos antijurídicos em geral, ressaltando-se que a Teoria da Justiça de Aristóteles foi concebida aproximadamente no século IV a.C, logo sequer se cogitava a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, iniciada de forma embrionária pelos romanos, razão pela qual o tratamento dado é uno.

Tal questão não é efetivamente um empecilho para afastar a justiça corretiva como o embrião da responsabilidade civil moderna, uma vez que a responsabilização jurídica no

¹⁵⁰BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 50, abr./jul., 2003. p. 20. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274204714.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁵¹ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *E-book*. p. 103. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁵²ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *E-book*. p. 104. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁵³ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *E-book*. p. 104. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁵⁴Conforme explica Aristóteles: “Logo. O igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e perda são respectivamente menores e maiores em sentidos contrários; maior quantidade do bem e menor quantidade do mal representam ganho, e o contrário é perda; e intermediário entre os dois é, como vimos, o igual, que dizemos ser justo. Por conseguinte, a justiça corretiva será o intermediário entre a perda e o ganho” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *E-book*. p. 104. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018).

âmbito civil e penal compartilha o mesmo fundamento ontológico, diferenciando-se por questões estruturais como e pelas características da sanção aplicada.

A respeito das relações não voluntárias, onde poderia se colocar a responsabilidade civil Aristóteles estabelece que a justiça “Consiste em ter uma quantidade igual antes e depois da transação” ¹⁵⁵. Desta maneira, conclui Barzotto que o que se busca é uma espécie de igualdade absoluta, é a equivalência entre o dano e a indenização, em tais casos somente por meio do juiz é que a desigualdade pode ser desfeita¹⁵⁶.

Assim, pode-se dizer que na justiça distributiva busca-se igualar coisas às pessoas, já na justiça corretiva, a seara é puramente material, visa-se igualar coisa a coisa, “perda” com “ganho”, sendo essas quantificáveis, ignorando-se, por completo, a qualidade pessoal dos envolvidos. Se houve “perda” em decorrência da atuação de outro, essa “perda” experimentada, que é sinônimo de injustiça e de desequilíbrio, deve ser reparada em sua integralidade, restaurando-se o equilíbrio perturbado, pois a justiça corretiva “tem como causa um estado de coisas objetivo, a perturbação da ordem, que há que se restabelecer” ¹⁵⁷.

Essa noção de justiça corretiva foi ampliada por Tomás de Aquino, dando origem à justiça comutativa, como normalmente tem-se referido quando também se objetiva designar a justiça corretiva ou, mesmo, a igualdade formal. Manteve-se o traço principal a ideia de uma igualdade aritmética estabelecida entre pessoas, “dar a cada um o que é seu”, todavia avança para uma “reciprocidade de ação”, aderindo à ideia de proporcionalidade nas compensações, razão pela qual afirma que “não seria sempre igual se quem praticou um ato injusto recebesse uma paga especificamente ao ato praticado” ¹⁵⁸, abre-se margem, portanto, para uma igualdade absoluta não em termos numéricos, mas considerando especificidades do caso para estabelecer uma reparação que exceda ao dano.

Segundo Michel Villey a ideia de justiça esteve presente também na responsabilidade jurídica romana. Expõe o autor que ao contrário do que se acredita “o *Leit-motiv* do regime

¹⁵⁵ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *E-book*. p. 106. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018).

¹⁵⁶BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 50, abr./jul., 2003. p. 21. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274204714.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁵⁷VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 139. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁵⁸AQUINO, Tomás. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1980. *E-book*. p. 2128. Disponível em: < <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

romano de reparação dos danos não é a culpa, mas a defesa de uma justa repartição de bens entre as famílias, de um justo equilíbrio”¹⁵⁹. Desta maneira, havendo uma ruptura nesse equilíbrio, o que significa um prejuízo contrário ao Direito e à justiça (*damnum injuria datum*) entra em atuação a justiça corretiva, desenvolvida por Aristóteles¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

Isso não implica dizer que a culpa não teve relevância no Direito romano, pois como é sabido e Michel Villey faz questão de afirmar: “Se dispomos hoje de uma doutrina erudita da culpa, devemos-la aos juristas romanos”¹⁶², pois efetivamente a noção de culpa é romana, no entanto, reflete o autor apesar de toda importância – que teria sido superestimada pela doutrina moderna – a causa verdadeira da obrigação é “sempre a desordem em uma relação plurisubjetiva, e a reação da justiça (senão exclusivamente “comutativa”), corretiva e reparadora.

O princípio geral da responsabilidade civil moderna teve seu surgimento em Domat, que inspirado em Grócio¹⁶³ distinguiu a culpa que permeia o ilícito daquilo que se tem como crime separando a matéria civil da penal e, com isso dissociando o conceito de pena e reparação¹⁶⁴. Essa concepção foi empreendida pelo Código Civil francês pós-revolucionário, o *Code Napoléon*, como resta evidente no art. 1382: “Qualquer fato do homem que cause a outrem um dano obriga aquele pela falta cometida a repará-lo”¹⁶⁵.

Assim, restava consagrada pelo princípio geral da responsabilidade civil a atipicidade, mediante a cláusula geral instituidora de uma responsabilidade subjetiva, embasada na culpa. Essa concepção que foi, na verdade, um prolongamento da responsabilidade moral e mesmo

¹⁵⁹VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 139. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁶⁰VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 139. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁶¹Explica o autor: “Assim, quando uma coisa é furtada. O termo *furtum* não significa o ato culpável do ladrão, mas na origem a coisa furtada; como são coisas as *res creditae* (que são provisoriamente retiradas/expelidas do patrimônio do credor, sem causa permanente, e por isso deverão ser a ele devolvidas)” (VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 139. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018).

¹⁶²VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 139. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁶³SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

¹⁶⁴SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41.

¹⁶⁵Art.1382. Tout fait qualconque de l’homme, que cause à autrui un dommage, oblige celui par le faute duquel il est arrivé à le reparer.

da ideia de justiça tomista¹⁶⁶⁻¹⁶⁷, sem dúvida é muito importante para os contornos da responsabilidade civil moderna, no entanto acabou substituir a noção de justiça “corretiva” (equilíbrio) por culpa, relacionando-se assim a responsabilidade civil primordialmente à função sancionatória e colocando a questão reparatória, o verdadeiro mote da responsabilização em segundo plano.

Ressalta-se, ainda, que a “Era das codificações”, muito impulsionada pelas noções positivistas e de índole liberal, fez com que as análises acerca da justiça perdessem força, no intento de expurgar a Moral do Direito, conforme já tratado. Apesar disso, Paulo de Tarso Sanseverino, com base em Karl Larenz aponta que a justiça comutativa é o fundamento ético-jurídico da obrigação de reparar dano no BGB Alemão¹⁶⁸.

O “esquecimento” dos fundamentos ético-jurídicos acabou por colocar uma sobrecarga nos fundamentos de índole jurídica, especificamente, a culpa. Entretanto, como buscou se resgatar, a noção de justiça, especificamente a “corretiva” ou, ainda, a “comutativa” é, portanto, fundamento intrínseco da responsabilidade civil e tem boa relação com a culpa, mas também se adapta à responsabilidade objetiva, haja vista que enquanto fundamento ético-jurídico encontra-se em uma camada epistemológica mais profunda que os fundamentos puramente jurídicos, que acabou por confirmar-se universal e atemporal.

Nesse sentido, não há empecilhos ao reconhecimento de que também na responsabilidade civil objetiva, na qual se encontra o Estado haja espaço para uma análise fomentada pela justiça corretiva, embora projetada para relação entre particulares, a relação objetiva pode ser mantida “coisa-coisa”/“perda-ganho”, é dizer, o exercício de uma igualdade formal. No entanto, nessa esfera a questão da justiça corretiva ganha outra dimensão, uma dimensão social, que deve ser associada a outro importante elemento ético-jurídico: a solidariedade.

¹⁶⁶VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 144. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁶⁷Ensina Michel Villey: “o direito civil dos modernos foi refundado como um prolongamento da moral. O sistema jusnaturalista parte de preceitos de moralidade; assim a regra, de origem estóico-cristã, que cada um deve manter suas promessas, serve de axioma ao direito dos contratos. Mas havia uma outra regra, muito presente nas Sumas dos confessores, na moral de São Tomás, nos escolásticos espanhóis e nos professores de moral do século XVII: cada um de nós será obrigado, se faz mal ao próximo, de “restituere”, de repor as coisas no lugar, de “reparar todos os danos causados por sua culpa” (VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. p. 144. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018).

¹⁶⁸SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

Com as readaptações da responsabilidade civil na era pós-industrial, especificamente marcada pelo surgimento da responsabilidade civil objetiva fundada no risco a solidariedade despontou como fundamento ético-jurídico da responsabilidade civil¹⁶⁹, mas isso não implica em afastar a noção de “justiça corretiva”.

A mudança profunda experimentada pela sociedade no período que seguiu a revolução industrial mostrou ser necessário buscar um novo fundamento jurídico para a responsabilidade extracontratual que pudesse resolver o crescente problema da reparação dos danos na sociedade industrializada, garantindo-se que as vítimas fossem efetivamente reparadas¹⁷⁰. Com isso, restou estremecido o que foi construído como o pilar mais sólido da responsabilidade civil: a culpa, introduzindo-se o conceito de risco como fundamento jurídico da responsabilidade civil.

A passagem da culpa para o risco foi, na verdade, a concretização do que Orlando Gomes chamou de “giro conceitual” do ato ilícito para o dano injusto¹⁷¹ que se deu com a transferência do foco da responsabilidade civil do ofensor para quem é verdadeiramente seu destinatário: a vítima injustamente lesada, optando o ordenamento jurídico por dar prioridade aos princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade, em detrimento do objetivo anterior de sancionar os culpados¹⁷², com vistas à reparação integral do dano, razão pela qual veio a configurar-se mote da responsabilidade hodierna a primazia do interesse da vítima.

Com essa subversão, a reparação, antes desprezada em razão da busca de um culpado e da sanção do referido pelo ato ilícito, assume novamente lugar de prestígio. Esse movimento, segundo Maria Celina Bodin de Moraes é a realização de um verdadeiro compromisso com a solidariedade social¹⁷³, representando um resgate da dimensão moral da responsabilidade civil¹⁷⁴.

A solidariedade pode ser vista como fato social e valor ético, virtude, vício, pragmatismo e norma jurídica¹⁷⁵.

¹⁶⁹MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 24-25.

¹⁷⁰SAVATIER, Renè. **Du droit civil au droit public**. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1945. p. 89.

¹⁷¹GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 293.

¹⁷²MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 19.

¹⁷³MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 25.

¹⁷⁴RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 50.

¹⁷⁵Não é objetivo tratar de todos os diferentes significados do termo, para tanto conferir: MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco;

Enquanto valor ético, a solidariedade está relacionada à consciência racional dos interesses em comum que determina aos membros de uma sociedade a “obrigação moral de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”, trata-se da regra formal da reciprocidade também conhecida como “Regra de Prata”¹⁷⁶⁻¹⁷⁷. Vinculada a tal concepção encontra-se a ideia de “comunidade de iguais”¹⁷⁸, logo, assim como a justiça corretiva de Aristóteles (e comutativa de Aquino), está vinculada a ideia de igualdade¹⁷⁹. Essa igualdade, inicialmente, é formal, atingida pela lei, mas tendente a assumir outros valores da sociedade, para realização da justiça social¹⁸⁰.

Esse valor foi incorporado pela cultura jurídica, no Direito pátrio encontra-se consagrado, no art.3º, I, da Constituição Federal o Princípio da Solidariedade, quando estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

A solidariedade foi trazida para o Direito a partir de sua concepção ético-teológica consubstanciada na ideia de que “por serem ‘todos filhos do mesmo Pai’, deviam considerar-se como irmãos”, tendo sido assimilada pelas Revoluções Iluministas refletiu-se nos documentos da declaração de direitos como o denominado “espírito de fraternidade”¹⁸¹.

NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2006.

¹⁷⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2006. p. 161.

¹⁷⁷Foucault em crítica tecida à “Regra de Prata” aduz que “ela não me obriga a sair de mim mesmo, faz do outro eu um eu próprio. Não aliena a minha vontade na de um outro; obriga-me apenas a considerar-me como um outro para o outro. Não hierarquiza; supõe, pelo contrário, que casa um seja igual do outro” (FOUCAULT, F. Ewald. **A norma e o Direito**. 2ª. ed. Lisboa: Veja, 2000. p. 146).

¹⁷⁸Explica Maria Celina Bodin de Moraes: “subjacente a ideia de reciprocidade está a da comunidade de iguais, que, porém, sob o império da igualdade formal, é de ser entendida, tanto fática como juridicamente, em sentido determinado: faticamente, ressaltando que as desigualdades nunca são tão relevantes assim; em sentido jurídico, menosprezando as desigualdades de fato para que os homens possam considerar-se (embora não o sejam realmente) como iguais. Comunidade de iguais e igualdade de interesses, contudo ainda referenciados a valores exclusivamente individuais, caros a indivíduos em tais condições de igualdade e enquanto encerrados em sua individualidade. A única regra de justiça (comutativa), neste ambiente, permanece sendo a igualdade perante a lei” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2006. p. 161-162).

¹⁷⁹MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2006. p. 61-62.

¹⁸⁰Sinteticamente, a justiça social deve ser entendida como “uma justiça que equilibre, quando efetivada, as ideias de democracia, de crescimento socioeconômico e ambiental. De igual modo, a ideia de igualdade substancial para os cidadãos de forma coletiva e individual” (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 248).

¹⁸¹MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2006. p. 161.

Ocorre que essa perspectiva de solidariedade ficava adstrita a ideia de caridade e filantropia, encontrando-se refém da liberalidade de auxiliar o próximo e oprimida, paradoxalmente, pela lógica liberalista era dominante e, ainda, invocada como parte de um “inteligente egoísmo”, onde a defesa do interesse da comunidade implicava em defender interesses próprios¹⁸². Portanto, acabava por apresentar-se como verdadeira obrigação moral.

Essa lógica assistencialista atribuía a solidariedade aos indivíduos, no entanto, na medida em que o liberalismo cedeu espaço para o Estado Social no século XX, também a atitude solidária passou a ser dever jurídico do Estado, primeiramente como ideia de “seguridade social”, mas, posteriormente, na medida em que a dignidade da pessoa humana começou a invadir os ordenamentos jurídicos pós-guerras, se espraiou para o Direito Privado, contribuindo, inclusive para o afinamento das barreiras entre a seara privatística e pública, sendo a responsabilidade civil o campo do Direito Civil “em que mais claramente se percebe o notável incremento das exigências da solidariedade”¹⁸³.

O Princípio da Solidariedade não designa um dever, mas funda-se em um, na ideia de que a atitude solidária conforma-se as relações interhumanas, pois o homem pertence ao mundo e é interdependente com os demais, de maneira que a solidariedade, enquanto fundamento axiológico, expressa a responsabilidade para com o outro, e, seria, portanto, o fundamento último da responsabilidade, tanto na sua modalidade objetiva quanto na subjetiva na medida em que a concepção solidarista presa pela proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada¹⁸⁴.

Assim, conforme ensina Perlingieri “a solidariedade constitucional não concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa”¹⁸⁵, e nesse encontra-se presente uma cooperação e uma igualdade, para que os direitos fundamentais de todos, dentre os quais encontra-se a responsabilidade civil do Estado, nos termos já abordados, sejam afirmados, sem que isso signifique uma restrição de grupo ou na subordinação do Estado.

No âmbito do direito público, a noção de solidariedade exerceu importante papel para a assimilação dos contornos assumidos pela responsabilidade civil do Estado, ligando-se

¹⁸²MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2006. p. 161.

¹⁸³MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2006. p. 167.

¹⁸⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 25.

¹⁸⁵FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 248.

também ao Princípio da Igualdade para dar embasamento à distribuição dos encargos públicos¹⁸⁶ entre os cidadãos e à repartição dos prejuízos e dos danos causados entre todos os demais, na forma da indenização pelo Estado, que é, afinal, uma soma de contribuintes¹⁸⁷⁻¹⁸⁸, pois atrai o exercício de uma espécie de “justiça social”.

Nesse contexto, Paul Ricoeur aponta que a reformulação de um conceito jurídico de responsabilidade perpassou pela alteração de foco de um valor moral por outro, segundo o filósofo, deixa-se de focar na culpa, que enquanto valor moral seria a segurança, para a seguridade¹⁸⁹. E com isso, Vicente Barreto entende que a própria Teoria do Direito sofreria uma transformação, pois a ideia de punição é substituída pela “perspectiva altruísta de indenização da vítima”¹⁹⁰.

Como se vê, diferentemente do que poderia pensar, a inserção da solidariedade como um dos fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil hodierna subjetiva e objetiva¹⁹¹,

¹⁸⁶Para Renato Alessi, citado por Seabra Fagundes, ao tratar da responsabilidade civil do Estado, aduz que o fundamento ético seria a justiça distributiva, mas percebe-se, pela exposição do autor, que o entendimento amolda-se, perfeitamente, a noção de solidariedade, veja-se: “o fundamento ético e teórico da indenização é buscando, com acerto, pela maioria, em um princípio de justiça distributiva, segundo o qual o ônus necessário para obtenção de uma utilidade coletiva deve distribuir-se proporcionalmente entre todos os membros da coletividade e não recair todo ele sobre um só” (ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo* Apud FAGUNDES, Seabra. *Responsabilidade no Estado: indenização por retardada decisão administrativa*. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 14, n. 57/58, p. 7-17, jan./jun. 1981.p. 16).

¹⁸⁷BORGES. Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado á luz do Código Civil: um toque de Direito Público. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006. p. 20.

¹⁸⁸Esse é também o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 262.651/SP ao expor: “Aqui, o dever de indenizar da vítima advém não do risco criado pela atividade estatal, mas de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada em prol do interesse coletivo” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Extraordinário 262.651/SP. Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil do Estado: responsabilidade objetiva. Pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Concessionário ou permissionário do serviço de transporte coletivo. Constituição Federal, art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da C.F. II. - R.E. conhecido e provido. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 16.11.2004. Publicação em: 06.05.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931>. Acesso em: 04 nov. 2018.

¹⁸⁹RICOEUR, Paul. **O Justo: a justiça como regra moral e como instituição**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 50.

¹⁹⁰BARRETO, Vicente. **Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 380.

¹⁹¹Nesse sentido, explica Maria Celina Bodin de Moraes: “O fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva é unitário e deve ser buscado na concepção solidarista de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada, fazendo-se incidir o seu custo na comunidade, isto é, em quem quer que com o ato danoso esteja vinculado. No fundo, no sistema solidarista, invertem-se os termos do problema e a responsabilidade subjetiva nada mais é do que uma outra hipótese de imputação de responsabilidade” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 26).

não contraria a ideia presente na justiça corretiva (ou comutativa), mas engloba-a, funcionando com base para realização da justiça social¹⁹².

Nesse sentido, a solidariedade que tem uma ampla seara de atuação, sendo fonte principal para ótica da precaução e prevenção, bem como de uma responsabilidade inter-gerações¹⁹³, não ignora a faceta reparatória da responsabilidade civil. De maneira que a solidariedade, enquanto fundamento ético-jurídico, busca o ideal de igualdade¹⁹⁴, equilíbrio nas relações e, certamente, de reparação de danos, atenta à primazia da vítima. No entanto, sem dúvida, eleva essa importante função, uma vez que insere a sociedade e, em último aspecto, o Estado, como elemento necessário a promoção dessa igualdade.

De outro lado, não pode ser usada como fundamento para o Estado seja sobrecarregado, tornando-se um reparador universal. Pois, é também por sua associação ao Princípio da Igualdade, que exerce o importante papel de eximir o Estado de indenizar os danos que danos comuns e normais gerados pela atuação lícita do Estado, estabelecendo que sejam devidamente suportados pela sociedade, em honra o Princípio da Igualdade da Distribuição dos Ônus Públicos.

Ademais, por privilegiar uma ideia de justiça social, dá um passo adiante, considerando que é o aperfeiçoamento da justiça comutativa e da justiça distributiva¹⁹⁵, cujo conceito pode ser expresso na ideia de “observância de todo direito tendo o bem social comum por objeto e a sociedade civil como sujeito ou como termo”¹⁹⁶. No âmbito da responsabilidade civil esse ideal traduz uma preocupação com a “necessidade de um porvir consentâneo com as respostas requeridas para os problemas das vítimas e dos danos potenciais e concretos produzidos hodiernamente no Brasil”¹⁹⁷⁻¹⁹⁸.

¹⁹²MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2006. p. 161.

¹⁹³RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 52-61.

¹⁹⁴Como ensina Barzotto: “para a justiça social, os seres humanos, considerados como pessoa, são iguais, portanto, toda desigualdade em aspectos constitutivos da pessoa, como é o caso das suas necessidades materiais básicas, deve ser afastada” (BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 50, abr./jul., 2003. p. 28. Disponível em: < https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274204714.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

¹⁹⁵FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 248.

¹⁹⁶ANTOINE, C. Cours d'économie sociale. In BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 50, abr./jul., 2003. p. 26. Disponível em: < https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274204714.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

¹⁹⁷FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 249.

Assim sendo, como fundamento ético-jurídico da responsabilidade civil, insculpida na Constituição Federal, a solidariedade é a base sobre a qual se sustenta a reparação dos danos injustamente sofridos, que não podem mais ser ignorados ou suportados de forma solitária pela vítima, e sim numa lógica de justiça social distributiva, quando transferidos à sociedade. Mas também comutativa, uma vez que o conceito de responsabilidade está subordinado ao de efetiva reparação dos danos injustos, ainda que não seja possível identificar um culpado, restando evidenciada a opção do ordenamento jurídico em valorizar a pessoa humana, como ressarcimento do prejuízo¹⁹⁹.

É nesse sentido que o Princípio da Reparação Integral, insculpido no art. 944 do Código Civil, mas que também é princípio constitucional²⁰⁰, ganha forma como importante elemento axiológico da responsabilidade civil hodierna.

Segundo Paulo de Tarso Vieira Sanseverino tal princípio encontra-se fundado no ideal justiça corretiva de Aristóteles²⁰¹, disso não se discorda, apenas acrescenta-se que é na numa perspectiva ético-jurídica de solidariedade é que este pode ser entendido na sua melhor forma, pois deixa de ser lido apenas na dimensão do *quantum debeatur*, para engendrar também o *an debeatur*. É dizer: o ideal de justiça corretiva contribui para a ideia de que o dano deve ser integralmente reparado, mas o de solidariedade, e sua estreita ligação com a defesa da dignidade humana, permite concluir que todo dano deve ser reparado, numa dimensão patrimonial e existencial, podendo se dizer que em todas as esferas há primazia da vítima.

Dada sua importância, passa-se ao estudo do Princípio da Reparação Integral, que não só é elementar para a discussão que se propõe a realizar no âmbito do presente trabalho acadêmico, mas também porque é o princípio que articula toda a responsabilidade civil, associando o valor fundante dessa disciplina ao valor sistemático e dogmático²⁰².

¹⁹⁸O autor entende que o fundamento ético-jurídico da responsabilidade civil estaria na alteridade e na justiça social, de maneira que estes “serão o norte valorativo para a formação da circunstância danosa, que não depende de novas leis, senão outra mentalidade do intérprete ao compreender um caso concreto, percebendo o Direito como um fator de transformação social, ao minorar as lesões praticadas em sociedade”, expõe, ainda, que “A perspectiva de formação da circunstância danosa pode ser um dos alicerces jurídicos a realizar esta transformação com mais uma adequada tutela dos interesses da vítima, sem considerar que o lesante também possuir direitos e deveres” (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 249).

¹⁹⁹MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 27.

²⁰⁰MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018. p. 2.

²⁰¹SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51-56.

²⁰²CAPPELLARI, Récio Eduardo. Reflexões sobre o dano injusto: a concretização da ideia de justiça. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 24, n. 1, p. 61-74, 2010. p. 63.

1.1.3.1 O Princípio da Reparação Integral: “*toute le dommage, mas rien que le dommage*”

Ensina Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que o Princípio da Reparação Integral “busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso”²⁰³, embora se saiba que o *status quo ante* em determinadas situações é impossível de ser alcançado, especialmente no que tange aos danos extrapatrimoniais. Agindo, portanto, no âmago da responsabilidade civil, em sua principal função: a reparação²⁰⁴, sendo indistinta sua aplicação, tanto à esfera privada quando a pública²⁰⁵.

Trata-se de princípio que se desenvolveu primeiramente na seara contratual do Direito francês, com incontestável aplicabilidade à responsabilidade civil extracontratual por tratar-se de exigência fundamental de justiça²⁰⁶. A previsão legal remete ao art. 1149 do Código de Napoleão, cuja redação traduzida é: “as perdas e danos devidas ao credor são, em geral, a perda sofrida e o ganho do qual se achou privado, salvo as exceções e modificações abaixo”²⁰⁷.

No Direito pátrio, ainda na vigência do Código Civil de 1916 era possível extrair a norma jurídica da reparação integral do art. 1059²⁰⁸, no entanto, tinha abrangência sobre o *quantum debeatur*, condizente com o período onde os danos indenizáveis eram os de virtude patrimonial. Atualmente, a cláusula geral²⁰⁹ da reparação dos danos encontra-se insculpida no

²⁰³SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

²⁰⁴SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199.

²⁰⁵É o que se observa da exposição de José dos Santos Carvalho Filho: indenização devida ao lesado deve ser a mais ampla possível, de modo que seja corretamente reconstituído seu patrimônio ofendido pelo ato lesivo. Deve equivaler ao que o prejudicado perdeu, incluindo-se aí as despesas que foi obrigado a fazer, e ao que deixou de ganhar. Quando for o caso, devem ser acrescidos ao montante indenizatório os juros de mora e a atualização monetária. Tendo havido morte, incide a regra do art. 948 do Código Civil, que fixa os fatores suscetíveis de serem indenizados. Por outro lado, ocorrendo lesões corporais ou redução de capacidade de trabalho, aplicam-se os arts. 949 e 950 do mesmo Código (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 693). ISBN 978-85-97-01589-8).

²⁰⁶SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

²⁰⁷SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

²⁰⁸Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

²⁰⁹De acordo com Francisco Amaral Neto as cláusulas gerais são “preceitos jurídicos vazios ou incompletos que, graças à sua generalidade e abstração, podem abranger um mais vasto grupo de situações, de modo lacunar e com possibilidade de ajustamento a uma consequência jurídica. Seriam normas jurídicas em cuja estrutura a hipótese de fato, a chamada “condição de aplicação” (*fattispecie*, *Tatbestand*, *operative facts*) seria muito ampla, até indeterminada, com uma formulação em termos de grande generalidade, levando a que o direito do caso concreto decorra não apenas da subsunção, mas também do recurso aos valores do sistema e à própria vontade do intérprete. A sua principal característica seria, assim, a relatividade de seu conteúdo. Apresentando-se

o art. 944 do Código Civil, que foi também responsável pela positivação infraconstitucional do Princípio da Reparação Integral.

Está, portanto, correto Monteiro Filho quando pontua ser o Princípio da Reparação Integral uma “conquista recente”, que demandou avanços nas clássicas dimensões da responsabilidade civil: dano, nexos de causalidade e culpa²¹⁰⁻²¹¹. Isso porque a sua ascensão enquanto princípio constitucional²¹², atual roupagem em que é lido, é reflexo daquela mudança de paradigmas sofrida pela responsabilidade civil com a sociedade pós-industrial, onde houve a transição de uma responsabilidade civil cujo foco era sancionar e censurar o culpado pelo dano para uma responsabilidade civil concentrada no imperativo de reparar o dano.

Nesse contexto, também o art. 944 do Código Civil, exige uma leitura afeta à primazia da vítima, sendo esta a nova perspectiva interpretativa que direciona a da responsabilidade civil.

A ideia de um Princípio da Reparação Integral preocupado apenas com o *quantum debeat* acabaria por ser um retorno ao conceito matemático de dano, que surge no Digesto Romano com a expressão “*damnum est damnatio ab ademptione et quasi diminutione patrimonii dicta sunt*”, onde era considerado dano toda e qualquer diminuição do patrimônio de alguém.

como conceitos amplos e elásticos, recebem o seu sentido e conteúdo da realidade social e cultural própria do ambiente em que devam ser aplicadas” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. p. 17. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/615/795>>. Acesso em: 07 nov. 2018).

²¹⁰MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018. p. 2.

²¹¹O autor, de forma sucinta, aponta as seguintes transformações necessárias para a positivação do Princípio da Reparação Integral: “Portanto, na busca de facilitar a solução dos danos e assim garantir a reparação integral, (i) a expansão das fronteiras da responsabilidade objetiva encurta o espectro residual de normatividade da culpa, a qual, ainda, objetiva-se em sua própria etiologia, prevalecendo a concepção normativa sobre a psicológica; (ii) assim também a comprovação do nexo passa por processo de simplificação e seu exame ganha conotação jurídica em lugar da material, chegando-se, em doutrina, a se aludir a uma “responsabilidade civil por presunção de causalidade”¹; (iii) a reparabilidade plena dos danos extrapatrimoniais, apesar do *leading case* no Supremo Tribunal Federal em 19662 e de algumas conquistas – posto que acompanhadas de retrocessos – entre os anos setenta e oitenta, consolida-se com a promulgação da Constituição de 1988 (MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018. p. 2).

²¹²Segundo o autor, trata-se de princípio constitucional na medida em que: “mercê de sua estrutura aberta, observa-se que a reparação integral não procura regradar determinado comportamento nem tampouco estabelecer parâmetros para a incidência de determinada normativa. Em rigor, traduz pilar essencial da responsabilidade civil, verdadeiro mandado de otimização, que visa a promover a reparação completa da vítima, na medida da extensão dos danos sofridos” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018. p. 5).

Essa noção naturalista²¹³ e matemática do dano²¹⁴, concebida como a Teoria da Diferença, tinha como vantagem o estabelecimento de um critério seguro para o cálculo dos danos, distinguindo-os nas clássicas categorias de danos patrimoniais: dano emergente e lucro cessante. A concepção de dano estava atrelada à noção de direito subjetivo absoluto, que na verdade remetia à propriedade privada²¹⁵.

Nessa ótica, a existência do dano era medida a partir de uma equação matemática verificável a partir da efetiva diminuição patrimonial da vítima. Essa ideia era perfeitamente amoldável à concepção de justiça corretiva, mas como já foi dito antes, não poderia ser suficiente. Na medida em que as relações sociais passaram a tornar-se cada vez mais complexas, aumentando-se o valor dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida²¹⁶ e alterando-se a própria consciência coletiva acerca do conceito de justiça, pugnando-se por uma justiça social, mostrou-se necessário, também, a cunhagem de uma nova concepção de dano²¹⁷, uma que fosse capaz de abarcar a então ascendente esfera extrapatrimonial.

Destarte, passou-se a conceber o dano como uma lesão não mais apenas a um direito subjetivo, ampliando-se para a noção de interesse juridicamente tutelado²¹⁸, tomando-se por interesse a relação entre o homem e o bem, em que este é identificado como tudo que pode satisfazer as necessidades daquele²¹⁹. Trata-se de uma concepção mais ampla, especialmente

²¹³COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 1.

²¹⁴Hans Fischer ao tratar do dano na perspectiva da Teoria da Diferença esclarece: “O dano patrimonial implica uma diminuição do patrimônio e este é, no fundo, um conceito aritmético. Logo o dano (interesse) deve ser avaliado em dinheiro por meio de um cálculo diferencial, e, além disso em dinheiro deve ser operada sua reparação” (FISCHER, Hans. **A reparação de danos no direito civil**. Trad. de Arruda Ferrer Correa. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 139).

²¹⁵ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Jurídica Universitária, 1965. p. 186.

²¹⁶MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 181.

²¹⁷Clóvis V. Couto e Silva pontua outras inconsistências da Teoria da Diferença que a tornavam insatisfatória também sobre os aspectos instrumentais jurídicos: “Se o bem, objeto de uma lesão, não tem nenhum valor patrimonial, poder-se-ia afirmar que o dano não pode ser considerado como tal, sob o ponto de vista jurídico. Mas se o Direito permite que a reparação tenha por objeto não somente a indenização *stricto sensu*, mas, também, a restituição *in natura*, a teoria da diferença perde em grande medida a sua importância (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 1).

²¹⁸JOURDAIN, Patrice. **Les conditions de la responsabilité**. 3ª. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 15; CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. Pádua, 1930. p. 14; DE CUPIS, Adriano. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1946. p. 23.

²¹⁹É a lição de Carnelutti: “Perciò la nozione di interesse, se há da essere uno dei fondamenti della teoria giuridica, conviene che sai obbiettiva, non subbiettiva; che consideri l’interesse come qualcosa che esiste fuori da noi, e non è il bene stesso, è la situazione di ciascun uomo rispetto al bene, in virtù della quale gli sia possibile, gli sai facile, gli sai sicuro di poterlo impiegare per la soddisfazione di um bisogno; il pane è um bene; Poter mangiare il pane, questo è um interesse” (CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. Pádua, 1930. p. 12).

se adotado um sistema aberto da atipicidade, pois acoberta todos os interesses tutelados pela ordem jurídica vigente²²⁰⁻²²¹.

A nova conformação da sistemática da Responsabilidade Civil, esteada na solidariedade enquanto fundamento ético-jurídico, e mesmo do próprio conceito jurídico de dano representou para o princípio constitucional da Reparação Integral, entendido como um dos mais importantes da responsabilidade civil²²², a incorporação de uma nova dimensão: o *an debeatur*.

Nesse sentir, passa-se a entender que todos os danos devem ser reparados de forma integral, tanto os de natureza patrimoniais quanto os de natureza extrapatrimoniais (acerca da distinção, da classificação e das espécies de dano se estudará adiante [item 2.2]), pois a preocupação mor é que nenhuma vítima de dano injusto reste desamparada e, portanto, deve tornar-se indene, o que para os danos patrimoniais é apagar as consequências da atuação danosa, retornando ao *status quo*, enquanto para os de dimensão extrapatrimonial é compensação²²³.

A Constituição Feral determina, portanto, duas esferas de apreciação do *an debeatur*: a patrimonial, cujo esteio é o direito de propriedade (art. 5º, XXII) e a extrapatrimonial (art. 1, III e art. 5º, V e X), fundamentada na dignidade da pessoa humana. Segundo Monteiro Filho a aferição do dever de reparação possui, também, indutores normativos no Código Civil, exemplificativamente: o art. 186, que trata dos danos causados por atos ilícitos; o art. 927, que trata dos danos causados pelas atividades de risco; o art. 932, que trata dos danos causados por fato de terceiro, admitindo-se que a responsabilidade seja suportada por pessoa diferente do autor do dano e o art. 942, que admite solidariedade entre autores do dano²²⁴⁻²²⁵.

Ao seu tempo, Aguiar Dias questiona a amplitude que pode ser dada o termo “bem”: “Dizer que bem é tudo quanto satisfaça a uma necessidade humana é certo, mas alongar a definição e assentar que bem é tanto o objeto do mundo exterior, como o acontecimento natural, ação ou omissão humana, ou, ainda, o estado individual da pessoa como a vida a saúde ou a liberdade, o estado de fato, como o silêncio noturno, ou o estado de uma coisa, como o da carta fechada, não satisfaz, porque os atributos não são bens em si, mas modos de ser do bem (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 714).

²²⁰COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 02.

²²¹Como se vê, parte-se de uma análise concreta de dano, daí a denominação de “Teoria do Interesse” ou “Teoria do Dano concreto”, que apesar de melhor coadunar-se aos contornos da responsabilidade civil não alija por completo a “Teoria do Dano Abstrato”, que permanece como principal metodologia para ressarcimento de danos de cunho patrimonial.

²²²VINEY, Geneviève. **Les obligations: la responsabilité – effets**. v. 5. Paris: LGDJ, 1988. p. 81.

²²³MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018. p. 15.

²²⁴MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018. p. 7.

²²⁵Em idêntico sentido: SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Teoria do Risco Concorrente na Responsabilidade Objetiva. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 91.

Acrescenta-se, que no que se refere à responsabilidade civil do Estado, deve-se recorrer, ainda, na esfera constitucional ao exposto no art. 37, §6º da Constituição Federal e ao art. 43 do Código Civil.

A existência de uma nova dimensão do princípio não torna menos relevante o *quantum debeatur*, mesmo porque não são elementos segregados, senão complementares. Acerca deste, que é o ambiente próprio do nascimento do Princípio da Reparação Integral, considerando que surge para estabelecer os reflexos patrimoniais da reparação, atuando como limite, tem-se que o dano seja integralmente reparado, seja por meio de reparação *in natura* ou equivalente²²⁶, no entanto essa reparação não poderá causar enriquecimento ilícito da vítima, ou seja, ser maior do que o efetivo dano.

Esse entendimento ficou consolidado na doutrina francesa sob a ideia de a indenização deve abranger “todo o dano, mas não mais que o dano” (*toute le dommage, mas rien que le dommage*)²²⁷.

Desse cenário, é possível extrair a importância do Princípio da Reparação Integral para a Responsabilidade Civil, pois ao mesmo tempo em que ele elimina limites quanto ao *an debeatur*, cria limites necessários ao *quantum debeatur*, estabelecendo o teto mínimo e o máximo, balizando a atividade judicial de quantificação de danos²²⁸. Apontam-se, assim, três as funções do princípio: a compensatória; a indenitária e a concretizadora.

1.1.3.1.1 Funções do Princípio da Reparação Integral

A função compensatória é aquela característica do Princípio da Reparação Integral e reflete a ideia de que deverá haver equivalência entre o dano sofrido e a indenização, é, portanto, conectada à finalidade precípua da responsabilidade civil: o restabelecimento do equilíbrio rompido, conforme se pode observar da própria redação do art. 944, *caput*, do CCB: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. A função compensatória está

²²⁶ Destaca-se que no âmbito da responsabilidade civil do Estado, segundo Yussef Said Cahali, a reparação *in natura* é processo quase que excluído, devendo-se considerar as circunstâncias em que se produziu o dano. Assim expõe: “a obrigação do Estado de reparar dano *in natura* não se concebe em um grande número de casos, como na execução de obras públicas, pois ela conduziria muito frequentemente à paralisação integral dos serviços públicos, eis que faria necessário destruir aquilo que havia sido feito; ter-se-á em conta, ainda e sobretudo, a situação do juiz perante a atividade administrativa do Estado; a regra política de independência do administrador perante o juiz, qualquer que seja, impede que este possa imiscuir-se na atividade do administrador (CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 194).

²²⁷ VINEY, Geneviève. **Les obligations: la responsabilité – effets**. v. 5. Paris: LGDJ, 1988. p. 81.

²²⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

sujeita mitigação, a partir do preceito de equidade previsto no parágrafo único do art. 944, do CCB, na medida em que a reparação integral assume forme de princípio poderá ser ponderado.

É da análise dessa função que depreende serem ressarcíveis não só a parcela principal do dano, mas também os juros de mora e atualização monetária

Destaca-se que a solidariedade ao forçar o “deslocamento dos custos do dano (injusto ou injustificado) da vítima para os responsáveis pelo ato” trouxe numerosas transformações para a responsabilidade civil (consolidação de um novo fundamento jurídico, o risco; a erosão da culpa como filtro de reparação; a flexibilização do nexo de causalidade etc), primordialmente, por seu estreito relacionamento com a dignidade da pessoa humana, a ampliação do rol de danos indenizáveis. Todavia, para que o sistema realize efetivamente a justiça para com a vítima, tem-se o Princípio da Reparação Integral, como verdadeira cláusula geral da reparação: todo o dano deve ser reparado, “indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto”²²⁹.

No que se refere aos danos patrimoniais não há grandes controvérsia, pois, como já se disse, é a esfera do direito de propriedade que se encontra protegido, de maneira que se deve proporcionar ao lesado a coisa idêntica ou quantia equivalente²³⁰. Logo, em tais casos a indenização corresponde ao que o lesado perdeu (dano emergente) e o que deixou de ganhar (lucro cessante), nos termos do art. 402 e 403 do Código Civil²³¹. Incumbe ao ofendido comprovar devidamente, no decorrer do processo judicial, não só a existência do dano que alega, mas também sua extensão, possibilitando a liquidação dos lucros cessantes.

As dúvidas acerca da função compensatória surgem na esfera seara extrapatrimonial. Nesta esteira, Geneviève Viney entende que o princípio seria inaplicável aos danos extrapatrimoniais, pois não possuem conteúdo econômico capaz de ser aferido e indenizado²³²⁻²³³. Pelo que já foi exposto, esse não é o entendimento do presente estudo.

²²⁹FILHO, Sérgio Cavalieri, **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 128.

²³⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 54.

²³¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº 232 VINEY, Geneviève. **Les obligations: la responsabilité – effets**. v. 5. Paris: LGDJ, 1988. p. 84-85.

²³²VINEY, Geneviève. **Les obligations: la responsabilité – effets**. v. 5. Paris: LGDJ, 1988. p. 84-85.

²³³É também contrário a aplicação do princípio aos danos extrapatrimoniais Eugênio Facchini Neto, conforme expõe: “O referido dispositivo não se aplica aos danos extrapatrimoniais, permanecendo inalterada a recomendação de se levar em consideração, no arbitramento do valor dos mesmos, dentre outros fatores (como a intensidade da culpa, as circunstâncias do evento, a duração dos efeitos, a repercussão dos mesmos na vida da vítima, etc.) também a condição socioeconômica tanto da vítima quanto do agente” (FACCHINI NETO, Eugênio. **Comentários ao Código Civil – Parte Especial – Do Direito das obrigações – Art. 924 a 965**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 184-185).

Paulo de Tarso Sanseverino também discorda da autora francesa, ao dispor que mesmo não sendo efetivamente possível a utilização do Princípio da Reparação Integral para quantificar a indenização, poderá ser empregado para orientar a decisão do juiz no arbitramento do montante indenizatório, mantendo-se coerência com os demais julgamentos. Parece não ser também esse o caso, uma vez que é matéria de uniformização da jurisprudência.

Por sua vez, Maria Celina Bodin de Moraes, ensina que como os danos extrapatrimoniais são imateriais acreditou-se ser impossível sua indenização e, com isso, de se aplicar a restituição integral, no entanto, entende autora que já está demonstrado que também na esfera extrapatrimonial aplica-se a regra geral da indenização, prevista no art. 402 do CCB, que substituiu o art. 1059 do Código Civil de 1916²³⁴. Este parece ser o entendimento que melhor se amolda ao Direito pátrio²³⁵.

Nesse sentir, a jurista aduz que a reparação de danos extrapatrimoniais não admite que se conceba uma pluralidade de objetivos da responsabilidade civil, a saber, punir, inibir, desestimular ações *contra ius*, e sim “buscar todos os meios para reparar, da maneira mais completa possível, o dano (moral) sofrido, com o fim de reestabelecer o equilíbrio rompido”, e “tal posição pressupõe que seja possível, de alguma forma, buscar materializar o que se perdeu, ainda quando o dano é exclusivamente da dor”²³⁶.

O princípio permitiria, portanto, que todo e qualquer dano fosse indenizado, sempre com vistas de que a indenização dê-se a forma mais completa, para o caso dos bens jurídicos extrapatrimoniais, uma das exigências é que se leve em consideração, o máximo possível, a

²³⁴MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 305.

²³⁵BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 1131730 / PR. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos. Acidente de trânsito. Acordo extrajudicial. Declaração de quitação. Interpretação restritiva. Validade apenas em relação aos danos a que se refere (conserto do veículo e reembolso de despesas médico-hospitalares. Recurso provido. 1. A quitação plena e geral, para nada mais reclamar a qualquer título, constante de acordo extrajudicial, considera-se válida e eficaz, desautorizando investida judicial para ampliar a verba indenizatória aceita e recebida. Todavia, a transação deve ser interpretada restritivamente, significando a quitação apenas dos valores a que se refere. 2. No caso concreto, o Tribunal de origem interpretou o termo de transação extrajudicial, bem como os documentos juntados pela seguradora, concluindo que a autora deu quitação apenas quanto aos danos materiais, relativos ao conserto da motocicleta e às despesas médico-hospitalares. Nesse contexto, não se pode obstar a integral reparação dos outros danos sofridos com o acidente (lucros cessantes e danos morais e estéticos), claramente não incluídos no acordo. 3. Agravo interno provido para conhecer dos agravos e negar provimento aos recursos especiais do réu e da seguradora denunciada. Rel. Min. Lázaro Guimarães. Julgamento em: 24. 08.2018. Publicação no Diário de Justiça em: 24.08.2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701650275&dt_publicacao=24/08/2018>. Acesso em: 08 nov. 2018.

²³⁶MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 305.

singularidade das vítimas, pois só assim poderá de fato haver privilégio à dignidade da pessoa humana²³⁷⁻²³⁸. Atuaria, nesse aspecto, como limite mínimo à indenização dos danos.

De outro lado, a máxima reparação e a primazia da vítima não podem ser vista de forma deliberada, pois como adverte Francisco Vieira Lima Neto: “em uma sociedade em que todos indenizam tudo, ninguém recebe indenização nenhuma”²³⁹, nesse sentir, surge a função limitadora do teto máximo da reparação, a função indenitária.

A função indenitária do Princípio da Reparação Integral determina que a extensão do dano é, a um só tempo, o limite mínimo e o máximo da reparação, sendo assim, da mesma forma que a indenização não pode ficar aquém dos danos injustamente sofridos pela vítima, não poderá ultrapassá-lo, situação em que se ensejaria enriquecimento ilícito da vítima²⁴⁰.

Ao se falar de enriquecimento ilícito e Princípio da Reparação Integral é necessário um esclarecimento terminológico, que tem sido comumente alvo de equívocos na tratativa do tema. O enriquecimento ilícito, como espécie autônoma de obrigação, tem por consequência a restituição ao lesado do valor em que o beneficiado enriqueceu ilicitamente, a essa se chama *restitutio in integrum*²⁴¹, que ontologicamente tem a mesma função da reparação integral, reequilibrar relações, no entanto a seara de aplicação é distinta.

O aspecto indenitário da reparação integral ao mesmo passo que afirma a função compensatória é também barreira à atribuição da função sancionadora da responsabilidade civil, os chamados *punitive damages*. Nesse cenário, o Direito brasileiro tem se mostrado pouco receptivo à criação, que é típica do *common law*, não havendo disposição legal que embase sua aplicação.

Apesar disso, na seara extrapatrimonial, por não existir uma demarcação precisa da extensão econômica e, mesmo pelo desenvolvimento histórico em que se acreditava não ser possível atribuir valor econômico aos “sentimentos”, de maneira que condenação tinha por

²³⁷ MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 306-307.

²³⁸ A autora destaca-se que a valoração do dano extrapatrimonial, e, por conseguinte, a própria aplicação do Princípio da Reparação Integral exige que se parta de algumas premissas: diferenciar, através do Princípio da Dignidade Humana, os interesses que devem ser juridicamente protegidos, configurando-se em injusto o dano que lhe atinge; redimensionar o papel da culpa, que deve se relacionar com um *standard* de conduta, e não mais vinculada à intenção do ofensor, permitindo-se que a injustiça seja do dano (consequência) e não do fato e, por fim, conceder tutela quando as lesões forem provenientes de violação do dever de *alterum non laedere* (MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 303-304).

²³⁹ LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – Crítica à luz do Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 29, p. 103-146, 1990. p. 143.

²⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

²⁴¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

finalidade expressar a reprovação social pelo ato praticado²⁴², acabou cedendo algum espaço para decisões abrangendo o caráter punitivo da indenização²⁴³.

No entanto, como já se viu, a esfera extrapatrimonial não está alheia às dimensões da função compensatória e, tampouco, pode ser usada como exceção à função indenitária, a única exceção que o ordenamento jurídico comporta é quanto aos danos coletivos *lato sensu*, mas nesse caso, destaca-se, que o beneficiário da quantia aplicada na perspectiva deterrente tem destinação à fundos, os quais cumprem dar efetiva destinação²⁴⁴.

Outra questão a ser relacionada à função indenitária do Princípio da Reparação Integral é a figura da *compensatio lucri cum damno*, que consiste na “diminuição proporcional do montante da indenização na hipótese de obtenção pelo lesado de vantagens derivadas do mesmo fato”²⁴⁵. Nesse sentido, busca-se evitar que a vítima, a partir da compensação promovida pelo autor do dano, encontre-se em situação mais benéfica que se encontrava anteriormente ao fato danoso.

Para a efetivação da *compensatio lucri cum damno* exige-se que haja identidade entre a causa da indenização e do enriquecimento que colocou a vítima em melhor situação, isso é, ambos devem ser, necessariamente, consequência do ato antijurídico²⁴⁶. Nesse sentido, a Súmula 246 do STJ²⁴⁷, admite que haja compensação entre o valor recebido pela vítima em razão de seguro DPVAT e a indenização judicialmente fixada. De outro lado, a jurisprudência do STJ não tem admitido a *compensatio lucri cum damno* em relação às

²⁴²MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 267.

²⁴³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº. 168.945/SP. Processo Civil. Liquidação de sentença. Nulidade Danos morais. Lei de imprensa. Quantum indenizatório. I. A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza. (...). Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgamento em: 06.09.2001. Publicação em: 08.10.2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300286747&dt_publicacao=25/05/2009>. Acesso em: 08 nov. 2018.

²⁴⁴Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985): Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

²⁴⁵SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

²⁴⁵SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

²⁴⁶SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

²⁴⁷Súmula 246 STJ: “O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”.

parcelas pagas pela Previdência Social, em acidente de trabalho²⁴⁸ ou pensão previdenciária²⁴⁹.

Por fim, a última função atribuída ao Princípio da Reparação Integral é a função concretizadora, segundo o qual “compete ao juiz dentro do seu poder soberano, estabelecer indenização com base nos elementos fáticos demonstrados no processo a partir da prova produzida”²⁵⁰, rejeitando-se, assim que a indenização seja pautada em alguma fórmula matemática ou tabela, pois a rigidez não é capaz de contemplar as vicissitudes da realidade.

A respectiva função poderá ser vislumbrada no art. 953 do CCB, quando expõe no parágrafo único: “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”, substituindo a redação de seu antecessor, que fixava, “o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva”²⁵¹.

Nesse sentido, esta claro que o legislador não apresentou parâmetros para a realização de um juízo de valoração, deixou ao encargo do operador do Direito, que tem em suas mãos uma cláusula geral de indenizabilidade (o art. 944, *caput*, do CCB) e o dever de, utilizando-se da equidade, prudência e equilíbrio²⁵², decidir racionalmente, sendo esta linha tênue que separa o arbitramento da arbitrariedade.

É que a racionalidade da decisão é o elemento chave que permite que se possa exercer sobre ela um controle externo, além de assegurar que as escolhas realizadas não são arbitrárias ou pautadas em um juízo pessoal, bem como permitir que sirva de parâmetro para outros casos, pois como ensina Michele Taruffo “se cosi non fosse, infatti, ci si ritroverebbe con

²⁴⁸BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n°. 419.034/RJ. Civil. Acidente do trabalho. Indenização pelo direito comum. Se o empregado teve, comprovadamente, uma redução irreversível na sua capacidade auditiva, faz jus à respectiva indenização, independentemente do benefício previdenciário correspondente. Recurso especial conhecido e provido, em parte. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgamento em: 05.12.2002. Publicação em: 31.03.2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200267850&dt_publicacao=31/03/2003>. Acesso em: 09 nov. 2018.

²⁴⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial n°. 200.723/MG. Responsabilidade civil. Pensão mensal. Abatimento do benefício previdenciário pago pela previdência social. Inadmissibilidade. - Não cabe deduzir da indenização de direito comum o valor recebido a título de benefício previdenciário. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido. Rel. Min. Barros Monteiro. Julgamento em: 27.11.2001. Publicação no Diário de Justiça em: 22.04.2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900026888&dt_publicacao=22/04/2002>. Acesso em: 09 nov. 2018.

²⁵⁰SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.

²⁵¹Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).

²⁵²MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 270.

decisioni tendenzialmente arbitrarie in alcuni degli snodi fondamentali del ragionamento decisorio²⁵³.

A necessidade de que a decisão seja devidamente fundamentada com base nos fatos concretos analisados pelo Juízo é também relevante porque em que pese se tratar de matéria de fato, o que tornaria inviável o reexame do *quantum* indenizatório pelo STJ, essa Corte tem decidido a respeito sendo de grande relevância para estabelecimento de critérios orientadores da atuação jurisdicional, como por exemplo: moderação, proporcionalidade, grau de culpa, porte econômico das partes, razoabilidade, experiência e bom senso, ressaltando, ainda, que é necessário atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso²⁵⁴.

É no contexto da função concretizadora do Princípio da Reparação Integral que poderá o juiz invocar o parágrafo único do art. 944, do CCB, que é verdadeira cláusula geral de redução da quantificação²⁵⁵, para, demonstrando racionalmente que o caso em julgamento é uma exceção ao princípio reduzir a indenização, tornando-a inferior ao dano injusto, de maneira que a reparação integral como princípio constitucional poderá ser mitigada.

Cumpra a análise se essa cláusula de excepcionalidade é aplicável ao Estado, na medida em que o legislador utiliza como critério para a redução a culpa, elemento que não é relevante para a conformação do dever indenizatório na responsabilidade objetiva.

1.1.3.1.2 Cláusula geral de redução da indenização: O parágrafo único do art. 944 aplica-se à responsabilidade civil do Estado?

A cláusula geral de redução da indenização, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil é uma limitação ao Princípio da Reparação Integral, tendo o legislador

²⁵³TARUFFO, Michelle. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. **Argumenta Journal Law**. Paraná, n. 05, p. 237-248, 2005. p. 238. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/4>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

²⁵⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. 265.133/RJ. Civil e processual civil. Dano moral. Lojas de departamentos. Constrangimento ilegal e cárcere privado. Indenização. Quantum. Razoabilidade. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Interesse recursal alteração do pedido. Inocorrência. Recurso desacolhido. (...)III - A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica. (...). Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em: 19.09.2000. Publicação em: 23.10.2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000641030&dt_publicacao=23/10/2000>. Acesso em: 09 nov. 2018.

²⁵⁵SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.

entendido que em determinadas situações, onde houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá reduzir equitativamente o *quantum* indenizatório.

Trata-se, de acordo com Monteiro Filho²⁵⁶, de uma mitigação do Princípio da Reparação, considerando que por ter caráter axiológico não pode ser considerado absoluto, estando sujeito à ponderação diante de circunstâncias que extraordinariamente a justifiquem²⁵⁷. O legislador entendeu que cabe ao juiz, em análise ao caso concreto, determinar quando é passível de ponderação a norma jurídica da reparação integral.

O fundamento da referida redução é a equidade²⁵⁸, que apesar de possuir um conceito multissignificativo, em qualquer concepção adotada “constitui um critério orientador da regra adequada à solução de um problema concreto, corrigindo, eventualmente, um texto legal, excessivamente rigoroso ou limitado, ou integrando-o, se incompleto”²⁵⁹.

A equidade é elementar para o Direito, estando presente em distintos períodos históricos e sempre o influenciando, no entanto, seu surgimento remonta à Filosofia, sendo possível distinguir uma equidade desenvolvida por Aristóteles (*epieikeia*), onde é compreendida como uma forma de corrigir no caso concreto a aplicação da lei, quando esta não se mostrasse justa²⁶⁰⁻²⁶¹.

²⁵⁶MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018. p. 6.

²⁵⁷Nesse sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. REsp 1.076.160/AM. (...) 4. Encontra-se subjacente ao art. 944, caput e parágrafo único, do Código Civil de 2002, principiologia que, a par de reconhecer o direito à integral reparação, ameniza-o em havendo um dano irracional que escape dos efeitos que se esperam do ato causador. O sistema de responsabilidade civil atual, deveras, rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados. E, a toda evidência, esse exagero ou desproporção da indenização estariam presentes caso não houvesse - além de uma limitação quantitativa da condenação - uma limitação subjetiva dos beneficiários. (...). Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 10.04.2012. Publicação em: 21.06.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801608299&dt_publicacao=21/06/2012>.

Acesso em: 09 nov. 2018.

²⁵⁸SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

²⁵⁹AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. p. 20. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/615/795>>. Acesso em: 09 nov. 2018

²⁶⁰Nas palavras do filósofo grego: “O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza.. Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão — era outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. E-book. Disponível em:

No Direito Romano, foi quando houve, efetivamente, a transposição para o âmbito jurídico, a equidade (*aequitas*) onde tinha como significado a igualdade e, tal como a *epieikeia*, conservava a ideia de flexibilização da rigidez normativa presente nas normas gerais e abstratas, isso é, de “adaptação da lei geral ao caso concreto, no substituir-se ao legislador interpretando-lhe a vontade e a orientação”²⁶².

Sem adentrar no âmbito histórico do desenvolvimento jurídico da equidade, tem-se que no Direito Positivo há duas concepções possíveis para o elemento: subjetiva e objetiva. A primeira entende que a equidade é princípio inerente do Direito positivo, que “permitiria ao juiz humanizar a regra jurídica, levaria em consideração as circunstâncias do caso e, por isso, funcionaria de modo subsidiário, corretivo ou supletivo, mas sem criar uma nova regra”²⁶³. Na segunda, a objetiva, a equidade está relacionada às bases do Direito natural, da justiça e da moral, refletindo-se em verdadeiro padrão de conduta para o juiz, nesse contexto a equidade é externa ao Direito positivo “designando um conjunto de princípios a ele preexistentes, orientadores tanto da elaboração quanto da aplicação do Direito”²⁶⁴.

Diante disso, a equidade apresentaria, no Direito brasileiro, três funções, sempre dirigidas ao juiz: a substitutiva lhe atribui poderes para declarar a melhor solução no caso, ainda que para tanto tenha que afastar-se do exposto na lei; a interpretativa, para que estabeleça um sentido adequado às regras ou cláusulas contratuais, a partir da noção de igualdade e proporcionalidade e, por fim, a mais comumente utilizada pelo legislador, a

<http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018).

²⁶¹É muito comum utilizar da construção aristotélica para dizer que a equidade é a “justiça do caso concreto”, no entanto, Francisco dos Santos Amaral Neto ensina que não é correta a associação. De acordo como o autor: “Tal definição não se encontra nos textos de Aristóteles, é antes um *tópos*, um lugar-comum na filosofia do Direito, uma fórmula da escolástica medieval, com que se pretendeu resumir o pensamento aristotélico sobre o tema da equidade, deformando-o apenas²³, já que a justiça, princípio prático por natureza, não se realiza a não ser nas ações concretas. A equidade, na concepção aristotélica, que era subjetivista, derivava da ideia de justiça, e dela era uma aplicação pontua” e conclui dizendo, “Para Aristóteles, enfim, a equidade servia para atenuar o rigor do Direito estrito, como regra proporcional da justiça, a cada um conforme o seu mérito. A equidade como justa retificação do justo rigorosamente legal, como corretora das leis, limitada sua função, porém, ao procedimento judiciário, ao chamado “juízo de equidade”, como aliás hoje se estabelece no Código de Processo Civil brasileiro (arts. 127, I.109 e 20, § 4º)” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. p. 18-19. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/615/795>>. Acesso em: 09 nov. 2018).

²⁶²AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. p. 19. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/615/795>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

²⁶³AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. p. 21. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/615/795>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

²⁶⁴AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. p. 21. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/615/795>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

integrativa, que funciona como instrumento posto caso a caso pela lei para especificação, no caso concreto, dos elementos que a norma geral e abstrata não foi capaz de minudenciar, identificando-se com a noção de *epieikeia*²⁶⁵.

Nesse contexto, é com base na função integrativa²⁶⁶ da equidade que o legislador previu a cláusula de redução do *quantum* indenizatório²⁶⁷, com essa abertura para atuação do juiz, segundo Renan Lotufo, “agravam-se os problemas para intérprete, mas ao mesmo tempo faz-se dele um partícipe na construção da boa lei, da lei que concretize valores constitucionais, enfim, que preserve a dignidade da pessoa humana e a solidariedade”²⁶⁸. Visando tornar menos árdua a tarefa, do próprio dispositivo extraí-se que a análise deverá ser pautada em três elementos: a gravidade da culpa; a extensão dos danos e excessiva desproporção entre a culpa e o dano²⁶⁹⁻²⁷⁰.

Destaca-se que a norma do parágrafo único do art. 944 foi inspirada no Direito comparado, especialmente nas codificações suíça²⁷¹, portuguesa²⁷² e argentina²⁷³. Em todos

²⁶⁵SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 93.

²⁶⁶AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. p. 21. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/615/795>>. Acesso em: 09 nov. 2018; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 93; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil: responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. v. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 337.

²⁶⁷Conforme alerta Carlos Nelson Konder, a norma é específica ao tratar da redução, em nenhuma hipótese autoriza que haja a majoração com base na culpa, o que seria adoção de uma perspectiva sancionatória da responsabilidade civil, que não tem lugar no ordenamento jurídico brasileiro (KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 29, p. 3-34, jan./mar 2007. p. 20. Disponível em: <<https://uerj.academia.edu/CarlosNelsonKonder>>. Acesso em: 09 nov. 2018).

²⁶⁸LOTUFO, Renan. A responsabilidade civil e o papel do juiz no Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: RT, 2009. p. 462.

²⁶⁹SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

²⁷⁰Segundo Milton Paulo Carvalho Filho, os requisitos seriam outros: “os requisitos objetivos que devem ser satisfeitos para que o causador do dano tenha direito à redução de que trata o parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil seriam os seguintes: 1) a menor gravidade da culpa -conduta menos reprovável do agente; 2) a ocorrência de um dano de grande extensão que autorize reconhecer a excessiva desproporção entre ele e a gravidade da falta, e 3) permitir a situação econômica do lesante, que não poderá ser reduzido ao estado de necessidade” (CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por equidade no novo código civil**. 3. ed. São Paulo: Altas, 2003. p. 97).

²⁷¹Código Federal Suíço das Obrigações, art. 64, alínea 2: “Quando o prejuízo não tenha sido causado intencionalmente nem por efeito de uma grave negligência ou imprudência, e sua reparação exporia o devedor a uma situação de necessidade, o juiz poderá reduzir equitativamente a indenização”.

²⁷²Código Civil Português de 1966, art. 494: “Quando a responsabilidade civil se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, equitativamente, em montante não inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

esses ordenamentos, sobressai da análise dos dispositivos que há uma genuína preocupação com a exposição do devedor à situação de necessidade, sendo a culpa um elemento para consideração do magistrado, mas não o único, nem o mais importante²⁷⁴⁻²⁷⁵.

Alerta Carlos Nelson Konder²⁷⁶, o parágrafo único do art. 944 é uma exceção ao Princípio da Reparação Integral, uma vez que este é princípio constitucional e a redução, determinada infraconstitucionalmente, deve socorrer-se da ponderação de princípios. Desta feita, somente quando o juiz entender estarem presentes no caso circunstâncias especiais que levam ao afastamento do mandado de reparação integral deverá invocar, de forma explícita, aplicação de outro princípio de igual estatura, capazes de justificar a mitigação do Princípio Constitucional. Um exemplo, que remete ao próprio nascimento da norma, é evitar que o ofensor se torne um lesado, garantindo-lhe o patrimônio mínimo²⁷⁷, ou seja, o “mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio dos princípios da dignidade humana e da solidariedade”²⁷⁸, fala-se, até mesmo, em um “Princípio do Ajuste da Indenização ao Valor Suportável pelo Responsável”²⁷⁹.

O grau de culpa em si, não poderia ser fundamento para a redução, porque que não seria elemento de grandeza suficiente para mitigar um princípio constitucional, é o

²⁷³Código Civil Argentino, art. 1069: “Os juízes, ao fixarem as indenizações por dano, poderão considerar a situação patrimonial do devedor, atenuando-as se for equitativo, porém, não é aplicável essa faculdade se o dano for imputável dolosamente ao responsável”.

²⁷⁴CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7296>. Acesso em: 10 nov. 2018.

²⁷⁵Em sentido similar, esclarece Monteiro Filho: “considerando o estado atual da responsabilidade civil, em que impera a tutela privilegiada da vítima, pode-se afirmar que o balanceamento da equidade deve levar em conta outros diversos fatores de ponderação, para além do grau de culpa, dentre eles o limite do patrimônio mínimo do ofensor e da vítima. Neste passo, balizamento como o da hipossuficiência na condição patrimonial do ofensor e da vítima pode contribuir para iluminar o critério da equidade para a redução” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018. p. 6).

²⁷⁶KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 29, p. 3-34, jan./mar 2007. p. 25 e 27. Disponível em: < <https://uerj.academia.edu/CarlosNelsonKonder>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

²⁷⁷Acerca do patrimônio mínimo explica Edson Fachin: “A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores” (FACHIN, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 1).

²⁷⁸FILHO, Sérgio Cavalieri, **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 40.

²⁷⁹BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 242.

mecanismo para aferi-la. Como tal, tem sido aplicado em sua literalidade²⁸⁰, não sem críticas²⁸¹. No entanto, no âmbito prático-teórico, a questão de uma redução pautada na culpa gera, ainda, outra relevante questão, especificamente para o presente estudo: a possibilidade de aplicação da normativa à responsabilidade objetiva, modelo em que se aplica a grande parte das relações de responsabilização do Estado.

Trata-se de uma questão inquietante: de um lado, a estranheza de se pensar que o ideal de equidade que permite evitar que a lei traga ruína ao agente causador do dano é aplicável para aquele que agiu com culpa, entretanto, quem indeniza sem qualquer análise a respeito do elemento subjetivo é vedada qualquer melhoria, de maneira a se premiar o que sabidamente agiu contrariamente ao Direito e sequer cogitar o benefício aquele que não se tem ideia do elemento culposos; de outro lado, encontra-se a barreira lógico-jurídica, pois tendo sido a responsabilidade objetiva uma criação em prol da tutela da vítima, cujo acesso ao Direito tornou-se facilitado pela desnecessidade de provar o elemento subjetivo, conforme se verá o item a seguir, poderia se mostrar irrazoável reviver o debate acerca da culpa, mesmo quando se trata de quantificar o dano.

Analisando a questão, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino propôs, na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, e que posteriormente veio a configurar o Enunciado 46²⁸², a inviabilidade de aplicar o parágrafo único do art. 944 do CCB à responsabilidade civil objetiva. Esse enunciado foi alterado na IV Jornada de Direito Civil do

²⁸⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº. 1685453/SP. (...). 5. O art. 944, parágrafo único, do CC/02 autoriza, em caráter excepcional, a gradação da culpa como fator de aferição do montante da condenação, possibilitando reduzir o valor da indenização em virtude de uma conduta havida com grau mínimo de culpa, todavia desproporcional ao prejuízo por ela provocado. 6. A prova da falta de intenção maliciosa afasta a caracterização do dolo, não da culpa. Na culpa não há intenção de causar o dano, mas há previsibilidade. Para a análise da gravidade da culpa deve-se aquilatar a maior ou menor previsibilidade do resultado e a maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano. (...). Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em: 24.10.2017. Publicação em: 07.12.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500536294&dt_publicacao=07/12/2017>. Acesso em: 10 nov. 2018.

²⁸¹ Segundo Marcelo Junqueira Calixto o retorno dos conceitos de gradação de culpa tras insegurança jurídica ao ordenamento, pois há uma alta carga subjetiva, problema que se agrava, ainda mais, quando verificada a impossibilidade de uniformização da jurisprudência, já que a Súmula 07 do STJ veda análise desta Corte de Justiça das matérias de fato, na qual se inclui a culpabilidade (CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7296>. Acesso em: 10 nov. 2018.

²⁸²Enunciado 46. “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 22. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2018).

Conselho da Justiça Federal pelo Enunciado 380²⁸³, que suprimiu a parte final do dispositivo (“não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”), retirando a restrição à responsabilidade objetiva.

O autor supramencionado reviu seu posicionamento ao tratar o tema em sua obra acerca do Princípio da Reparação Integral, que é sem dúvida, referência na doutrina brasileira do tema. Nessa ocasião, passou a estender a aplicação da cláusula geral a todas as relações jurídicas de responsabilidade civil, exceto se tratar-se de danos pessoais, caso em que a limitação decorre do Princípio da Dignidade Humana ou de acidentes de consumo²⁸⁴.

A proposta do autor é que ao realizar a leitura do parágrafo único do art. 944 do CCB, nos casos de responsabilidade objetiva, se substitua a expressão “gravidade da culpa” por “relevância da causa”, assim “se houver excessiva desproporção entre o fato causador imputado ao demandado e a extensão dos danos, na responsabilidade objetiva, pode o juiz reduzir equitativamente a indenização”²⁸⁵. Recorrendo ao sistema de distribuição de prejuízos utilizado nas hipóteses de “culpa concorrente da vítima”, prevista no art. 945 do Código Civil²⁸⁶, sabidamente aplicável à responsabilidade objetiva²⁸⁷, apesar da expressão “culpa”²⁸⁸.

²⁸³Enunciado 380: “Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, pela supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 58. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2018).

²⁸⁴Em suma, o pensamento do autor é que “não se mostra compatível com o postulado normativo da existência digna que, para proteção de interesses patrimoniais do agente responsável restrinjam-se os efeitos de graves violações a direitos fundamentais da magnitude do direito à vida, à saúde ou a integridade físico-corporal” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 120 e 126).

²⁸⁵SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123.

²⁸⁶Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

²⁸⁷BRASIL, Superior Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Extraordinário n°. 68.107/SP. Responsabilidade civil. Ação contra a união federal. Culpa parcial da vítima. Redução da indenização. II. A responsabilidade objetiva, insculpida no art. 194 e seu parágrafo, da constituição federal de 1946, cujo texto foi repetido pelas cartas de 1967 e 1969, arts. 105/107, respectivamente, não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado. Iii. Invocada pela re a culpa da vítima, e provado que contribuiu para o dano, autoriza seja mitigado o valor da reparação. Precedentes. Voto vencido. Recurso não conhecido. Rel. Min. Adalício Nogueira. Julgamento em: 04.05.1970. Publicação em: 09.10.1970. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=164181>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

²⁸⁸Carlos Nelson Konder ao abordar a relação entre o art. 944 e 945 do Código Civil, explica que a expressão “culpa concorrente” apesar de consagrada na doutrina e na jurisprudência conduziu o legislador de 2002 ao equívoco de se referir a proporção da gravidade das culpas de cada um para mensurar o montante indenizatório, segundo o autor: “se se trata de concorrência de causas, e não de culpas, deveria ser a eficiência causal do comportamento de cada agente, e não a gravidade de sua culpa, a definir a quota da indenização pela qual irá responder”. A partir disso, entende que o art. 945 do Código Civil não pode ser usado como elemento para amparar uma extensão do art. 944 à responsabilidade objetiva, nas palavras do autor: “o art. 945 não oferece

Esse entendimento também é adotado por Gisela Sampaio da Cruz, ao tratar da responsabilidade solidária existente quando o agente causador do dano concorre com outros agentes, também responsáveis pela lesão. Segundo a autora, em tais situações nas relações internas entre os agentes o mais justo é que o prejuízo seja distribuído segundo a participação de cada um no resultado, tal entendimento seria igualmente aplicável à responsabilidade subjetiva²⁸⁹.

A interpretação realizada por Sanseverino eleva o nexo causal, que já é elemento de grande importância na responsabilidade objetiva enquanto atuante no plano da existência, para papel de destaque também no âmbito da eficácia, como medida da obrigação de indenizar²⁹⁰. O autor busca inspiração em Yussef Said Cahali, que ao tratar da responsabilidade civil do Estado, aduz: “se o dano injusto foi provocado por uma pluralidade de causas, todas as causas devem ser consideradas na determinação proporcional da indenização”²⁹¹.

Para Cahali, a concorrência de causas deve ser considerada para redução da indenização na responsabilidade civil do Estado²⁹², independentemente se esta for fundada no risco ou na culpa. Ademais, considerando que a análise da responsabilidade objetiva é restrita a conduta, dano e nexo de causalidade, todas as concausas seja decorrente de atuação com dolo ou culpa grave da vítima, de caso fortuito, de força maior, de fato da natureza ou de terceiro, devem ser consideradas para atenuação da responsabilidade, pois entendimento contrário ensejaria um inadequado dimensionamento da responsabilidade do Estado, extravasando o limite da responsabilidade objetiva ao se imputar à Administração uma

qualquer amparo justificador ao dispositivo que o precede, muito menos à interpretação que pretende ampliar seu âmbito de incidência” (KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 29, p. 3-34, jan./mar 2007. p. 25 e 27. Disponível em: <<https://uerj.academia.edu/CarlosNelsonKonder>>. Acesso em: 11 nov. 2018).

²⁸⁹CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 344.

²⁸⁹CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 344.

²⁹⁰SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123.

²⁹¹CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

²⁹²Expõe: “Será, portanto, no exame das causas do dano injusto que se determinam os casos de exclusão e atenuação da responsabilidade pública, excluída ou atenuada esta responsabilidade em função da ausência do nexo de causalidade ou da causalidade concorrente na verificação do dano injusto indenizável (CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 41).

responsabilidade ressarcitória para além dos parâmetros da causalidade e em desproporção da atividade administrativa concorrente na verificação do dano²⁹³.

Em suma, analisando o exposto por Cahali, poderia se afirmar que na responsabilidade objetiva, sempre quando estiver presente o fenômeno de causas concorrentes deverá haver redução da responsabilidade civil. A posição de Sanseverino seria um tanto mais equilibrada, pois se trata de medir a “relevância da causa”²⁹⁴, cabendo ao juiz analisar em que medida a causa contribuiu para o dano.

O nexo causal assumiria, na responsabilidade objetiva, uma dupla função²⁹⁵: no âmbito da existência da responsabilidade civil, podendo inclusive ilidir a responsabilização quando presente um excludente de causalidade [ver item 2.3.2] e, no plano da eficácia, influir sobre a quantificação equitativa da indenização, podendo reduzi-la na medida em que considerar que outra causa, além da atuação do Estado, contribuiu para o dano ou, ainda, que a causa atribuída ao demandado é desproporcional ao dano produzido, e, portanto, deverá ser valorado, no caso concreto, a medida da participação causal do agente conforme já se verifica no art. 13 do CDC²⁹⁶⁻²⁹⁷.

²⁹³ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 61.

²⁹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

²⁹⁵ Em sentido similar Yussef Said Cahali colaciona excerto de Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o entanto, o autor não apresenta o número do processo, informando apenas que se trata de decisão proferida pela 2ª Câmara do TJSP, o que dificultou a pesquisa nesse sentido, impossibilitando a leitura completa da decisão e análise do raciocínio jurídico construído. Acrescenta-se que em pesquisa ao sítio oficial do Tribunal de Justiça de São Paulo não se obteve resultado útil. Diante disso, transcreve-se o excerto colacionado pelo autor: “O entendimento segundo o qual o nosso direito constitucional, no tocante à responsabilidade civil do Estado, ignora a existência de concausas ou fatores estranhos concorrentes não é o que prevalece na doutrina e na jurisprudência. A coexistência de fatores concorrentes poderá, conforme as circunstâncias, elidir ou atenuar a responsabilidade da Administração” (CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 58).

²⁹⁶ Em sentido similar, ao tratar do art. 945 do Código Civil, Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva propuseram o seguinte enunciado na V Jornada de Direito de Direito Civil: “A indenização será fixada proporcionalmente à contribuição da vítima e dos demais agentes para o evento danoso”. Na justificativa para o enunciado expõe: “O nexo causal, no direito brasileiro, é pressuposto para o nascimento do dever de indenizar e é o parâmetro para a fixação do montante da indenização. O sujeito responde somente se gerou o dano e na exata medida em que gerou o dano. Nem sempre há correspondência entre o “grau de culpa” e o nexo causal. Com efeito, a pessoa que agiu com “culpa leve” pode ser a que causou em maior parte o dano, ao passo que aquele que teria agido com “culpa grave” pode ter causado parcela insignificante do dano. A culpa, portanto, elemento indispensável para a deflagração do ato ilícito, mostra-se imprestável para a quantificação do dever de indenizar, que deve ter como parâmetro o nexo. Tanto é assim que nas hipóteses de responsabilidade objetiva, em que não há o exame do elemento subjetivo, deve-se examinar a proporção em que a conduta de cada envolvido deu causa para o dano” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **V Jornadas de Direito Civil**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 58. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

²⁹⁷ Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Para a responsabilidade subjetiva, no entanto, especifica Paulo de Tarso Sanseverino²⁹⁸, que vale o que está expresso no diploma civil, pois nem sempre a conduta cujo grau de culpa é mais expressivo é aquela em que se observa maior repercussão sobre o dano. Nesses casos, a equidade é mais presente na análise da gravidade da culpa, aplicando-se o parágrafo único do art. 944, de maneira que análise do nexo de causalidade influenciará apenas na existência ou não do dever de indenizar.

De outro lado, Flávio Murilo Tartuce Silva, esforçando para sistematizar a questão, apresenta a temática no âmbito de uma “Teoria do Risco Concorrente”.

Consigna o autor que a previsão expressa no parágrafo único do art. 944 do CCB, à similaridade do que se dá no art. 945 do CCB, é de abrandamento do nexo de causalidade, desenvolvida no âmbito da causalidade adequada, portanto, se este pode ser aplicado à esfera da responsabilidade objetiva não haveria razão para afastar aquele, pois em quem pode o mais, a exclusão da causalidade por fato da vítima e de terceiro, por lógica, pode o menos: atenuação da responsabilidade²⁹⁹. Até então não haveria divergência com a posição já explicitada.

O distanciamento surge especificamente com relação ao fundamento para extensão da cláusula geral de redução à responsabilidade objetiva, pois, segundo o autor, se no âmbito da responsabilidade subjetiva é pela análise da culpa que se dá a determinação do *quantum debeatur*, nada mais lógico que no caso de responsabilidade objetiva se valora a concorrência de conduta da vítima e de terceiro de forma também objetiva, a partir do risco, nesse sentido haveria uma substituição da ideia de “culpa concorrente” para “risco concorrente”³⁰⁰.

A causalidade concorrente aplica-se tanto na responsabilidade civil subjetiva quanto na objetiva, a diferença é tão somente quanto ao nexo de imputação. Logo, em sede de responsabilidade subjetiva, sendo a imputação realizada pela culpa, a distribuição da responsabilidade (medida pelo *quantum indenizatório*) dá-se a partir da análise de “culpas concorrentes”. De outro lado, na responsabilidade civil objetiva, sendo o nexo de imputação estabelecido, em âmbito genérico, com base no risco, a medida da reparação é também a contribuição com risco de cada um dos envolvidos no resultado³⁰¹⁻³⁰².

²⁹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125.

²⁹⁹ SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Teoria do Risco Concorrente na Responsabilidade Objetiva. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 219-220 e 227-228.

³⁰⁰ SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Teoria do Risco Concorrente na Responsabilidade Objetiva. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 232.

³⁰¹ SILVA, João Calvão. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 590-591.

O autor exemplifica a aplicação do risco concorrente na responsabilidade civil do Estado, com relação a atropelamento ocorrido em linha férrea. Em tais casos, é comum o reconhecimento de culpa concorrente da vítima, mesmo sendo a esfera da responsabilidade objetiva, assim para Flávio Tartuce o melhor entendimento é o que privilegia que há certo perigo na atividade desempenhada pelo Estado, manter a linha férrea, e isso pressupõe o dever de indenizar, todavia, a vítima também atua com risco, ao atravessar em local proibido. Nesse sentido, o STJ julgando caso com tais contornos fáticos [ver nota n°. 230] trate sob a nomenclatura de “culpa concorrente”, é caso de risco concorrente³⁰³.

O “risco concorrente”, entretanto, não substituiria por completo a culpa concorrente, ma medida em que há situações onde não é possível aplicá-lo, seja por sua ausência total, quando a parte não o assume de forma expressa ou tácita, seja por que a aplicação é de culpa, da própria vítima ou de terceiro³⁰⁴. Em tais casos, não se confunde a culpa como requisito de responsabilização com a culpa como mecanismo de fixação do *quantum debeatur*.

A questão a cerca de uma função dúplice da culpa é o fundamento para outra vertente, defendida por Monteiro Filho e, também, por Roger Silva Aguiar, cuja baseada na ideia de que “os pressupostos do dever de reparar não se confundem com os fatores de quantificação, os quais se guiam por mecanismos próprios, conforme o tipo de dano”³⁰⁵⁻³⁰⁶.

A relação jurídica de responsabilidade civil, conforme já foi falado no item 1.1.1, verifica-se em dois momentos, que são na verdade dois deveres jurídicos: não lesar outrem e, havendo a lesão a bem juridicamente tutelado, deverá restituí-lo, retornando ao equilíbrio

³⁰²Caitlin Sampaio Mulholland também entende que a solução do problema deverá dar-se por meio da concausalidade, nesse sentido analisando caso em que a vítima assume o risco de sofrer um dano através de conduta perigosa, mesmo sendo possível antever o resultado, expõe: “Aqui a vítima conhecia a previa possibilidade do evento danoso e aceita o risco do dano, como se fosse um blefe (culpa consciente). Mesmo nessa hipótese não pode haver exclusão da responsabilidade. Primeiramente, porque não é possível inferir-se a existência de um contrato tácito de assunção de riscos e exclusão da responsabilidade. E em segundo lugar, porque o dano ocasionado teve como causa a conduta de um agente. Contudo, nesse caso, existe uma diminuição do *quantum* indenizatório, na medida em que existe concorrência de causas” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 24).

³⁰³SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Teoria do Risco Concorrente na Responsabilidade Objetiva. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 252.

³⁰⁴SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Teoria do Risco Concorrente na Responsabilidade Objetiva. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 232.

³⁰⁵MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018. p. 22.

³⁰⁶E conclui Monteiro Filho: “Se assim não fosse, a exclusão da responsabilidade objetiva do campo de aplicação do artigo 944 ocasionaria uma contradição que não deve ser admitida no ordenamento. Note-se: paradoxalmente, o causador do dano que agiu sem culpa nenhuma, como sói ocorrer na responsabilidade objetiva, restaria obrigado à indenização plena, ao passo que o que agiu com culpa leve ou levíssima, em sede de responsabilidade subjetiva, seria beneficiado com a possibilidade de redução. De todo modo, é certo que a análise da conduta, no estágio atual do direito civil, independe de configuração de culpa” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018. p. 22-23).

rompido. Nesse âmbito, a culpa funciona no primeiro como fundamento jurídico para o surgimento da relação jurídica de responsabilidade, e no segundo, como elemento para a restituição do equilíbrio³⁰⁷, portanto, afirma Roger Silva Aguiar que “não haveria nenhum equívoco na posição adotada pelo legislador, quando este dispensa a indagação da culpa para o estabelecimento do vínculo responsabilizatório”³⁰⁸.

Diante do exposto, o parágrafo único do art. 944 deve ser lido como um *standard* para guiar a quantificação do dano no caso concreto, quando a partir de uma ponderação de princípios restar autorizada a redução. É bem verdade que escolha de palavras do legislador não foi precisa, elegendo apenas a culpa, no entanto, é nisso que se constitui o esforço do cientista jurídico.

Entende-se que se aplica a cláusula geral de redução dos danos não só na responsabilidade civil subjetiva como também na objetiva e, por extensão à responsabilidade civil do Estado. Dentre os critérios apresentados, tem-se que a “valoração da relevância da causa”, que abarca a questão do “risco concorrente”, tem importante atuação quando presente uma situação de múltipla causalidade, esgotando-se aí, seu desempenho.

³⁰⁷Transcreve-se a exposição de Roger Silva Aguiar: “a responsabilidade civil, de acordo com a estruturação que lhe foi dada pelo Código Civil de 2002, se viu dividida em duas etapas: o estabelecimento do vínculo obrigacional indenizatório e o estabelecimento do quantum a ser indenizado. Tal conclusão deflui da mais perfunctória consulta à lei, pela qual se verifica que o legislador reuniu sob um mesmo título (Título IX) dois temas anteriormente separados: Capítulo I – Da Obrigação de Indenizar; e o Capítulo II – Da Indenização. O primeiro capítulo trata tão somente do estabelecimento do vínculo obrigacional, sendo o objeto deste a entrega da indenização. O montante do objeto, ou seja, o quantum da indenização, restou tratado no Capítulo II. O quantum a ser indenizado – se a obrigação de indenizar envolverá a reparação integral, parcial ou mesmo se aproximar de zero – é uma questão a ser decidida à luz dos dispositivos contidos no Capítulo II, dos quais sobressai o artigo 944, parágrafo único. O aludido dispositivo é inegavelmente a válvula reguladora da norma contida no artigo 927, parágrafo único, importando ressaltar de imediato sua construção também sob bases valorativas: ‘poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização’. Nenhuma contradição existe entre a primeira parte do artigo sob comento – ‘Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’ – e a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único, embora haja menção à questão da culpa. Conforme esclarecido neste trabalho, quando aplicada a teoria objetiva, a verificação da culpa é dispensável tão somente no estabelecimento do vínculo responsabilizatório. Tal fato, entretanto, não quer significar que a culpa não possa ser utilizada na etapa seguinte – na fixação do valor a ser indenizado – exatamente como previu o legislador de 2002. O artigo 944, parágrafo único, desempenha o papel de complementar o trabalho valorativo do aplicador do direito quando este se inicia no artigo 927, parágrafo único. A possibilidade de ‘calibrar’ o valor da indenização, segundo a participação do agente na origem do dano, apresenta-se como peça chave na construção de uma solução equitativa na distribuição do ônus de arcar com o prejuízo. O artigo 944, parágrafo único, somado ao artigo 927, parágrafo único, significa uma ‘pá de cal’ sobre a proposta de se criarem soluções mecânicas para responsabilidade civil, pelas quais, uma vez identificada uma determinada atividade perigosa, o julgador deve, imediatamente, determinar a simples indenização integral de qualquer dano”. E conclui dizendo: “Nenhum equívoco existe na posição adotada pelo legislador, quando este dispensa a indagação da culpa para o estabelecimento do vínculo responsabilizatório, em casos de dano derivado de atividades de risco, e permite a fixação do valor indenizatório à luz do grau de culpa do agente. Esta equação atende a um único propósito: a realização de Justiça” (AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007. p. 90).

³⁰⁸AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007. p. 90.

A análise acerca da culpa, realizada por Monteiro Filho e Roger Aguiar Silva, por sua vez, entende-se não ser aplicável à responsabilidade objetiva, pois mesmo sob a justificativa de se tratar não de elemento da responsabilidade civil, mas sim de quantificação do dano, pela nova ótica da responsabilidade civil, pautada na primazia da vítima, não é admissível retomar em nenhuma escala o debate da culpa, que sempre coloca a vítima na difícil posição de demonstrar o elemento subjetivo, nesse caso, sob risco que ter indevidamente reduzido o *quantum* indenizatório.

De outro lado, sobressai da doutrina de Gustavo Tepedino³⁰⁹, bem como de entendimento já foi adotado pelo STJ³¹⁰, em sede de responsabilidade subjetiva, mas que não é contrário à estrutura da responsabilização objetiva tampouco às situações de concausalidade, na verdade, complementa-as, e justamente por apresentar verdadeiro foro de generalidade, o que poderia colocá-lo um critério unificador, trata-se redução a partir da desproporção entre a conduta e os resultados.

Interessante notar, que tal pensamento poderia ser extraído na redação do Anteprojeto do Código Civil, quando o dispositivo não utilizava a expressão “culpa”, e sim “ato” como o

³⁰⁹ Em proposta de enunciado na V Jornada de Direito Civil da CJF, a saber: “A redução equitativa da indenização tem caráter excepcional e somente será realizada quando a amplitude do dano extrapolar os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente, estabelecendo, assim, o legislador, limite à causalidade legítima”, justificou o autor: “Discute-se a reintrodução no direito brasileiro da relevância jurídica dos graus da culpa, diante do parágrafo único do art. 944, segundo o qual se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Trata-se de preceito excepcional, diante da supremacia no sistema do princípio da reparação integral. Assim sendo, por tornar irreparável lesão a interesse jurídico legítimo, só se justifica diante de hipóteses em que a reparação integral, pelas circunstâncias pessoais do ofensor e da vítima, se torne, ela própria, exagerada e, por isso mesmo, não razoável e ilegítima. Em outras palavras, o dispositivo contempla determinadas hipóteses em que as consequências danosas extrapolam os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente. Revela-se, então, a preocupação do legislador com a reparação justa, sobrepondo ao princípio da reparação integral uma espécie de limite de causalidade legítima, de modo a autorizar o magistrado a, excepcionalmente, mediante juízo de equidade, subtrair do valor da indenização o quantum que transcenda os efeitos razoavelmente atribuídos, na percepção social, à conta de determinado comportamento” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **V Jornadas de Direito Civil**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 199-200. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2018).

³¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. 1.076.160/AM. Direito Civil. Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Legitimidade Para O Ajuizamento De Ação Indenizatória De Danos Morais Por Morte. Noivo. Ilegitimidade Ativa. Necessária Limitação Subjetiva Dos Autorizados A Reclamar Compensação. (...)4. Encontra-se subjacente ao art. 944, caput e parágrafo único, do Código Civil de 2002, principiologia que, a par de reconhecer o direito à integral reparação, ameniza-o em havendo um dano irracional que escape dos efeitos que se esperam do ato causador. O sistema de responsabilidade civil atual, deveras, rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados. E, a toda evidência, esse exagero ou desproporção da indenização estariam presentes caso não houvesse - além de uma limitação quantitativa da condenação - uma limitação subjetiva dos beneficiários. (...) Min. Rel. Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 10.04.2012. Publicação no Diário de Justiça em: 21.06.2012. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200801608299&dt_publicacao=21/06/2012>. Acesso em: 12 nov. 2018.

parâmetro de análise³¹¹, permitindo considerar tanto aquela atuação embasada na culpa como no risco, no entanto, a redação final privilegiou a culpa como conceito fundamental para aplicabilidade da cláusula geral de redução do parágrafo único do art. 944, do CCB.

Nesse cenário, a aplicação da regra do parágrafo único do art. 944 à responsabilidade civil do Estado deverá ocorrer apenas em situações excepcionais, quando houver expressiva desproporção entre a conduta do agente Estatal e o resultado nocivo, em situação de causalidade múltipla ou não. Se atuação do demandado é considerada uma “concausa”, é preciso valorar o reflexo no contexto de causas para identificar se há desproporção com o resultado. Ressalta-se que a conduta concorrente da vítima autoriza a redução do *quantum* indenizatório com fundamento no art. 945 do Código Civil.

Ademais requer esteja amparada pela aplicação de um princípio constitucional, da mesma magnitude do Princípio da Reparação Integral. No caso do Estado não se poder socorrer da ideia de tutela do patrimônio mínimo necessário à subsistência, no entanto, entra em pauta novamente o Princípio da Solidariedade, que se apresenta na faceta do Princípio da Divisão dos Riscos como um ponto de equilíbrio para o *quantum debeatur*.

A colocação do Princípio da Solidariedade ao mesmo passo enquanto fundamento da reparação integral e de sua limitação poderia, à primeira vista, parecer um tanto quanto contraditório, é verdade. Ocorre que o Princípio da Solidariedade social deve ser uma garantia dúplice, para que a vítima, evidenciada na relação de responsabilidade civil, não coloque sobre o ofensor um ônus exagerado, de modo a romper com equilíbrio ao invés de reconstituí-lo, trata-se de encontrar “um equilíbrio justo e solidário entre estas duas posições antagônicas”³¹², atuando, portanto, como fiel da balança.

Nessa ótica, conforme se extrai dos ensinamentos de Themístocles Cavalcanti, a responsabilidade objetiva precisa também ser dosada, por uma justa distribuição dos encargos decorrentes da responsabilidade do Estado, dessa dosagem não escapa a vítima “cujos prejuízos devem ser reparados equitativamente, evitando-se o aproveitamento, o locupletamento indevido ou excessivo, fonte de enriquecimento sobre a coletividade”³¹³.

Diante disso, se for verificado no caso concreto que a vítima está utilizando-se da responsabilidade civil do Estado não para colocar-se em igualdade com os demais membros

³¹¹ Art. 1003. A indenização não se mede pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano. Todavia, se houver excessiva desproporção entre o ato e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

³¹² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 235.

³¹³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. V. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955. p. 445-446.

da sociedade, mas em situação mais favorável, autoriza-se a redução prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil e, com isso, sobrevém a análise da proporcionalidade entre a conduta do Estado e o resultado produzido ou, caso haja concurso de causas, em que medida atuação do Estado corroborou para o dano.

Esse entendimento tem crucial importância quando referente aos danos extrapatrimoniais, pois impede a proliferação da chamada “indústria do dano moral”, mas não é menos importante para o âmbito dos danos patrimoniais, ainda que haja na doutrina vozes que considerem ser inconstitucional sua aplicação para danos dessa natureza³¹⁴, não merece tal entendimento prosperar.

Assim, mesmo que a vítima apresente comprovação do dano patrimonial sofrido, se de alguma forma esse atenta contra a solidariedade social, poderá o juiz reduzir equitativamente o valor da indenização, é o caso, por exemplo, da verificação de um dano em automóvel por colisão com carro do Corpo de Bombeiros que trafegava em alta velocidade. O ofendido dentre as opções para o concerto optou por uma cujo valor mostrou-se desproporcional, diga-se que quatro vezes mais caro que os demais orçamentos. Na mencionada situação, é justificável a redução do *quantum debeatur*, incumbindo ao Estado, enquanto réu, demonstrar a desproporção ao juízo.

Ressaltando-se, mais uma última vez, que a redução é medida excepcional, pois impera a regra da reparação integral.

1.2 O “RISCO” COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

Uma vez tratadas as questões referentes à colocação epistemológica da responsabilidade civil do Estado, importa tratar dos fundamentos jurídicos para a concretização, para tanto, é necessário explorar a forma como se deu a objetivação da responsabilidade, com a adoção de um sistema dúplice, onde convive lado a lado a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

A culpa alcançou seu auge em uma sociedade eminentemente agrícola e individualizada em que as relações sociais eram exponencialmente menos complexas. Todavia, a industrialização trouxe consigo profundas mudanças ocasionadas pela inserção e

³¹⁴BUSTAMANTE, Thomas; FRANCO SILVA, Denis. “*Neminem Laedere*: o novo Código Civil brasileiro e a integral responsabilidade dos danos materiais decorrentes do ato ilícito”. **Revista Trimestral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 20, p. 247-258, out./dez., 2004. p. 251.

manipulação de novas tecnologias ainda não experimentadas e tampouco conhecidas em sua total complexidade; pela explosão populacional e sua concentração nos centros urbanos; pela alteração das relações de trabalho e de consumo, que, dado à importância assumida pelas empresas, originou relações díspares; a alfabetização e escolarização das massas; a ampliação do poder da mídia e a emancipação da mulher³¹⁵.

Tais mudanças fizeram com que a pessoas ficassem expostas a riscos em quantidade exponencialmente superior e, com isso, os danos se diversificaram, as vítimas se ampliaram, bem como se tornou mais difícil a identificação e prova das causas e dos autores do prejuízo e, especialmente, da culpa³¹⁶.

Paralelamente, a conceito sócio-cultural de justiça sofreu alterações, pois se antes os danos eram vistos como um “azar” do ofendido³¹⁷, com as inovações tecnológicas da era industrial vislumbra-se uma atuação enérgica do homem na criação, diluição e massificação dos danos, e grave problema da reparação dos danos e passou a ser interpretado como fonte de “injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam”³¹⁸⁻³¹⁹.

³¹⁵NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais: RT**. São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999. p. 35.

³¹⁶LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 113.

³¹⁷JORDAIN, Patrice. **Les Principes de la responsabilité civile**. Paris: Dalloz, 1992. p. 10.

³¹⁸LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 114.

³¹⁹De forma irretocável J. J. Calmon de Passos abordou a forçada adaptação da responsabilidade civil, a qual transcreve pela clareza com que o tema é abordado: “e tudo isso, tão evidente, problematizou-se em nosso tempo e deixou de responder às necessidades da convivência humana? Por que passamos a falar de responsabilidade objetiva, tornando-se muitas vezes irrelevante o problema da culpa? Por que se diz que o foco do interesse deslocou-se da culpa para o dano? Por que se afirma que a ilicitude do ato é descartável para determinação da responsabilidade? Em resumo – por que se excluiu da cena o mais importante dos protagonistas, o homem enquanto ser livre e responsável? Ou dizendo melhor: Por que o homem, enquanto ser inédito e irrepetível, pessoa humana, como o qualificamos, deixou de ser preservado, buscando-se apenas fixar um preço para sua mutilação ou destruição? [...] Essa realidade foi precisamente o que levou à teorização da responsabilidade objetiva que, antes de ser um avanço teórico, é uma consequência inelutável dos pressupostos de natureza sócio-político-econômica que a determinaram. Ao falarmos em responsabilidade sem culpa, usamos, na verdade, de um eufemismo encobridor de algo que ideologicamente precisa ser dissimulado. O puro fato da natureza, quando nos causa dano, se situa no âmbito do infortúnio, da fatalidade, da impotência humana diante de tudo quanto ainda não é capaz de controlar. Em verdade, todas as hipóteses de responsabilidade sem culpa são ocorrências em que o causador do dano é responsável por ele ou se tornou anônimo, dada a intensa mecanização e massificação da vida moderna, ou de tal modo está distanciado da vítima que seria uma injustificável exigência atribuir ao lesado o dever de identificá-lo. Sem esquecer que, em seu núcleo, a teoria do risco, a mais objetiva das teorias objetivas, apenas atende ao fato de haver-se tornado, em si mesmo, perigoso, em nossos dias, viver e conviver. E se todos somos coletivamente culpados pela adesão emprestada a esse estilo de vida, que legitimamos com o nome de *progresso*, tornamo-nos todos também coletivamente responsáveis. Os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa. O desafio é como equilibrá-los” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **O imoral dano moral**. Informativo Incijur – Instituto de Ciências Jurídicas. Joinville, n. 46, ano IV, p.1-5, maio 2003. p. 3-4).

O modelo da responsabilidade pautada na culpa até se sustentou no início da era industrial, quando do alvorecer capitalista, onde não havia qualquer interesse econômico em se indenizar pelos danos, consagrando-se assim a noção de que “as perdas devem ficar onde caírem”³²⁰⁻³²¹. Entretanto, com a segunda fase da Revolução Industrial, onde o modelo capitalista mostrava-se mais amadurecido, especialmente em países como Inglaterra, França e Alemanha, não era mais interessante que o cidadão fosse aniquilado pela evolução econômica³²², era necessário preservar o mercado e, especialmente, conquistá-los, afinal o risco é também um grande negócio onde se criam tecnologias e técnicas que são vendidas para afastá-lo.

Exigia-se uma alteração na órbita da responsabilidade civil, haja vista que já não se mostrava mais suficiente aquela concepção eivada de aspectos morais, ainda fruto da confusão entre o delito civil e o penal, em que se objetivava mais encontrar o culpado e puni-lo pelo dano infligido do que a efetiva reparação do ofendido. A tônica subjetiva da responsabilidade civil havia sido moldada para uma sociedade de relações interindividuais e não mais se apresentava eficaz para resolver um sem-número de casos que a sociedade pós-industrial criara ou agrava, deixando as vítimas sem o devido socorro³²³.

No final do século XIX passa a surgir uma reação jurídica às alterações sociais introduzidas pela industrialização, essa se fortalece no século XX, com o esgotamento do Estado de Bem Estar Social, pois se torna perceptível que os riscos são incontrolláveis, até mesmo para o Estado, que não foi capaz de manejar adequadamente os riscos sociais³²⁴.

³²⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 18.

³²¹Esclarece Anderson Schreiber que “de início, a dificuldade de demonstração da culpa atendia, em boa medida, o interesse liberal que rejeitava a limitação da autonomia privada, salvo nas hipóteses de uso flagrantemente inaceitável da liberdade individual. Entretanto, com o desenvolvimento do capitalismo industrial e a proliferação de novos acidentes ligados às novas tecnologias, tal dificuldade intensificou-se ao extremo, atraindo a intolerância social e a rejeição do próprio Poder Judiciário. A exigência de que a vítima demonstrasse a culpa em acidentes desta natureza – basta pensar em acidentes de transporte ferroviário ou em acidentes de trabalho ocorridos no interior das fábricas – tornava-se verdadeiramente odiosa diante do seu desconhecimento sobre o maquinismo empregado, da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente e de outros tantos fatores que acabaram por assegurar à prova da culpa a alcunha de *probatio diabolica* (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 17)

³²²MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 12-18.

³²³LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 115.

³²⁴LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 238, p. 207-235, out./dez. 2004. p. 227.

Nesse contexto, emergem importantes conceitos, como o de risco ambiental e global, que são, na verdade, peças de um cenário muito mais amplo, a "sociedade de riscos"³²⁵.

Na perspectiva temporal do risco, vê-se uma clara e íntima relação com as fases do capitalismo e com o desenvolvimento social de quantificar riscos, nisso se destaca que a evolução da matemática no século XVII, com o desenvolvimento do cálculo da probabilidade e, posteriormente, da estatística, teve influência direta, bem como foi também afetada pela perspectivas dos riscos, pois o homem viu-se obrigado a quantificar, calcular e prever suas atividades³²⁶.

Se a matemática não escapou impune à dilatação dos riscos, o Direito também não poderia se eximir. Assim, na esfera jurídica, tem origem um triplo fenômeno, configurado, segundo Fernando Noronha na expansão de danos suscetíveis de reparação, na objetivação da responsabilidade civil e na coletivização da responsabilização³²⁷. Tais fenômenos são, na

³²⁵ A sociedade hodierna é marcada por avanços tecnológicos e científicos, tendo já deixado para trás a Era da Industrialização para adentrar na hiperindustrialização. As indústrias farmacêuticas e a medicina travam uma dura batalha contra o envelhecimento e, buscando incessantemente reinventar o homem, criam-se supertécnicas e medicamentos que prometem verdadeiros milagres, embora, contraditoriamente, as doenças que mais matam no mundo sejam as cardiopatias e o AVC, causados pela má-alimentação e sedentarismo segundo a OMS. A força bélica é medida quilotons, todavia nos noticiários ainda observamos ataques químicos. A nanotecnologia está ficando ultrapassada. Reduzimos distâncias por meio da comunicação digital e das redes sociais, ao mesmo passo que criamos uma sociedade solitária e altamente depressiva. O homem até mesmo reproduziu em cativeiro o *big bang*. Sem dúvida as evoluções tecnológicas facilitaram a comunicação e empregaram comodidade – e alguns anos de vida a mais – aos homens, mas todos os avanços tiveram um alto custo, foi dada a largada da era do medo, da incerteza e, sobretudo, dos riscos. Nesse contexto, o conceito de sociedade de risco é uma das maiores construções da Teoria Social do final do século passado e início do século XXI, dando origem à linha teórica da Modernização Reflexiva, cujo autor de maior renome é Ulrich Beck. Dentre as teorias da modernidade é tida como pessimista e um pouco sombria, o que não afasta o relevo de sua crítica, realista o suficiente para impactar não apenas as ciências sociais, como também as jurídicas, as médicas e, até mesmo, as de engenharia. O estudo da sociedade de risco afasta-se um pouco do apelo ao pós-modernismo e toma por premissa dois conceitos de modernização, aquela primeira e vertiginosa que se deu no período da Revolução Industrial e a Modernidade Reflexiva, estágio em que as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em autodestruição, corporificando a sociedade do risco. O risco para Beck é um estágio intermediário entre a segurança e a destruição, sendo a própria percepção dos riscos que determina o pensamento e a ação dos indivíduos, e estes buscam criar novos métodos para controlá-los, o que acaba por introduzir novos parâmetros de riscos, totalmente desconhecidos e momentaneamente incontroláveis. A verdade é que como ensina Tereza Ancona Lopez “a única certeza da sociedade de risco é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados” (LOPEZ, Tereza Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. Revista **da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, jan/dez. 2010. p. 1225). Assim, partindo-se da premissa que o desenvolvimento tecnológico, industrial e científico engendrou o surgimento de incontáveis e incontroláveis riscos, que não estão presos em um espaço geográfico ou temporal, temos por certo que estes invariavelmente exigem uma reformulação tanto econômica, quanto política e do meio científico, do qual também não ficou isento o Direito. Conferir: BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**. Londres: Sage, 1992; GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991; LOPEZ, Tereza Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. Revista **da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, jan/dez. 2010; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

³²⁶ LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 238, p. 207-235, out./dez. 2004. p. 227-228.

³²⁷ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais: RT**. São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999. p. 35.

verdade, a resposta do Direito às vítimas do risco e, portanto, aspectos do já mencionado “giro conceitual” do ato ilícito para o dano injusto.

Os fenômenos da expansão de danos suscetíveis de reparação, da objetivação e da coletivização da responsabilidade civil encontram-se interligados, pois, se a sociedade pós-industrializada requeria a maior cobertura de danos possível evitando-se que qualquer dano seja deixado sem reparação, para que isso ocorresse foi necessário objetivar a responsabilidade, abandonando o modelo de reparação fundada na culpa, bem como a desmistificar uma responsabilidade unicamente individual, com a incorporação da dimensão coletivas.

A expansão dos danos indenizáveis deu-se tanto na natureza desses danos extrapolando a esfera patrimonial, para alcançar também os danos extrapatrimoniais e os danos à pessoa, bem como da própria concepção de ofendido, onde se passou admitir nessa condição grupos e, até mesmo, um sem número de pessoas. A abordagem dos danos ressarcíveis será devidamente tratada no item 2.2.1.

Insta destacar que a expansão dos danos suscetíveis de reparação deu-se numa relação diretamente proporcional com o aumento dos riscos, no entanto, foi também resultado de um esforço doutrinário e jurisprudencial, mesmo nos países onde se adota um sistema de tipicidade dos danos, gerido principalmente, pela ótica da Máxima Reparação dos Danos. Trata-se de uma ampliação gradualmente conduzida na medida em que ressonavam sobre a sociedade os aspectos da pós-industrialização, exemplo típico é o dano moral, que no Direito pátrio somente foi reconhecido pela jurisprudência na década de 60 do século passado e, pelo legislador, com a Constituição Federal de 1988, quando enfim viu-se concretizada a ideia de máxima reparação pelo art. 5º, V, X; art. 24, VIII e art. 114, VI.

A objetivação da responsabilidade civil, por sua vez, conforme já tratado, deu-se com a compreensão de que a doutrina subjetiva, pautada exclusivamente na culpa, não era suficiente sendo necessária a implantação de um Sistema Dualista, onde convive lado a lado a responsabilidade embasada na culpa e no risco, conforme ensinou Caio Mário da Silva Pereira, ainda sob égide do diploma civil brasileiro de 1916³²⁸.

Além das configurações sociais que influenciaram diretamente a construção da responsabilidade sem culpa, no âmbito jurídico, o surgimento da “Teoria do Risco” foi fortemente influenciado pelo positivismo jurídico, por isso mesmo, na busca de purificar dos aspectos morais o Direito, concebeu-se primeiramente a responsabilidade do agente por

³²⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 273.

qualquer ato em que pudesse ser considerado causa material, à exceção daqueles fatos exteriores ao homem³²⁹.

Essas seriam as primeiras linhas da teoria do risco, na modalidade integral, no entanto não encontrou ressonância no âmbito provado pelo extremismo apresentado, no entanto, posteriormente, acabou encontrando alguma correspondência na Responsabilidade do Estado em atividades específicas.

Foi no Direito prussiano que se encontrou uma conformação de maior equilíbrio quando em 1838 foi publicada a lei sobre acidentes ferroviários, estatuinto para tanto, uma responsabilidade sem culpa, posteriormente replicada na lei das minas de 1861 e, em 1884, com a primeira lei específica de acidentes do trabalho onde restou determinado que o empreendedor suportasse, através de seguro social, os danos causados ao trabalhador no exercício de sua atividade³³⁰.

São, por outro lado, os franceses que acabaram dando fôlego e visibilidade à teoria. Em 1896, a Corte de Cassação francesa determinou pela primeira vez a reparação dos prejuízos causados ao empregado por um acidente de trabalho, tendo introduzido a noção de risco no Direito francês com base no art. 1384,§1º do Código Civil francês. Em seguida, foi editada lei estabelecendo a responsabilidade do patrão, independentemente de culpa, com fundamento no risco profissional³³¹.

Nesse contexto, foram expressivamente relevantes nesse contexto, as obras de Saleilles e Josserand. Tais trabalhos, que foram contemporâneos, diferenciavam-se acerca do critério para reconhecimento do risco: se pelo proveito econômico, como defendeu Saleilles, ou por sua criação, na teoria desenvolvida por Josserand³³².

A responsabilidade objetiva fundada no risco-proveito, também denominado de risco benéfico, leva em consideração que aquele que com determinada atividade colhe proventos,

³²⁹LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 117.

³³⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 12.

³³¹MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 12.

³³²Estas vertentes da “Teoria do risco” foram muito importantes para traçar os primeiros contornos assumidos pela responsabilidade civil sem culpa, acrescenta-se, todavia, que houveram outras como as desenvolvidas por Gaudemet (GAUDEMET, Eugene. **Théorie générale des obligations**. Librairie du Recueil Sirey: Paris, 1937), Veniamin (Veniamin, Virgile L. **Essais sur les données économiques dans l'obligation civile**. Paris: Generale de Droit & Jurisprudence, 1931) Emmanuel Levy (LEVY, Emmanuel. **Responsabilité et contrat**. F. Pichon: Paris, 1899), Geny (FRANÇOIS, Geny. **Risques et responsabilité**. **Revue Tridimentrille de Droit civile**. Paris, 1902) e Teisseire (TEISSEIRE, Raymond. **Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité: étude de droit**. Thèse pour le doctorat, 1901) e outros, certamente dignas de relevo, no entanto, o presente estudo não se propõe a desvelar os aspectos históricos da responsabilidade civil, razão pela qual não adentrará na análise de cada uma.

ou ao menos age para consegui-los, deverá suportar os encargos que os riscos de sua realização engendram: *ubi emolumentum ibi onus*³³³. Logo, ao mesmo passo em que acredita dar-se a responsabilidade civil independentemente da análise dos elementos subjetivos acaba por criar a nova exigência que o dano origine-se de uma atividade realizada visando à obtenção de proveito, ressaltando-se que não ilide a responsabilidade se, concretamente, não houve proveito para o causador do dano³³⁴.

Nesta ótica, muitos danos ficariam ao encargo da responsabilidade subjetiva, mesmo essa se mostrando incapaz de solucionar o problema, pois haveria uma restrição de sua aplicabilidade somente àqueles que tiram proveito explorando alguma atividade, isso é dizer comerciantes ou industriais.

Percebendo o inconveniente, Josserand cunhou a “Teoria do risco-criado, que por ser mais ampla acabou revelando uma faceta voltada para vítima ao mesmo tempo em que aumentava os encargos do agente, dando mais ênfase à causalidade. Em suma, essa teoria admite “que somos responsáveis, não somente pelos atos culposos, mas pelos nossos atos, pura e simplesmente, desde que tenham causado um dano injusto, anormal”³³⁵, assim qualquer atividade que exponha outrem ao risco, seja ela voltada para obtenção de proveitos ou não, uma vez que venha a causar dano responsabiliza aquele que a realiza.

O debate chegou ao Brasil e a ordem jurídica foi lentamente assimilando a doutrina objetiva da responsabilidade civil com o surgimento de algumas normas infraconstitucionais esparsas como a Lei das Estradas de Ferro (Lei n. 2681/1912) e o Decreto n. 24.637/34. No entanto, o Código Civil Brasileiro de 1916 não foi capaz de assimilar as doutrinas do risco e agarrou-se à responsabilidade civil subjetiva, espelhando-se na visão conservadora do Código Napoleão, inclusive quanto à responsabilidade civil do Estado, conforme se observa do art. 15³³⁶, do mencionado diploma civil.

O Código Civil de Clóvis Beviláqua, em que pese tenha sido escrito em momento onde a doutrina do risco encontrava-se em amplo debate, no que se refere à responsabilidade do Estado, seguiu entendimento vigente na Constituição de 1891, que em seu art. 82 estabelecia como fundamento a culpa, a qual se encontrava em consonância com o

³³³LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 119.

³³⁴LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 198.

³³⁵DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 63.

³³⁶Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

entendimento de sua época, foi apenas na Constituição Federal de 1946, que a objetivação da responsabilidade civil do Estado, para atos comissivos, veio a ser albergada na órbita jurídica brasileira³³⁷.

Prevía o art. 194 da Carta Magna de 1946 que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. O mesmo preceito foi, posteriormente, reproduzido no art. 105 da Constituição de 1967, no art. 107 da Emenda Constitucional 1 de 1969 e, finalmente, no art. 37, §6º, da Constituição de 1988, nesta última alargando a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas de direito privado prestadores de serviço público³³⁸, replicado no art. 43 do Código Civil de 2002³³⁹.

A objetivação da responsabilidade civil do Estado adotou como principal fundamento a “Teoria do Risco Criado”, que, na seara administrativa, recebeu o nome de “Teoria do Risco Administrativo”, sendo uma “transposição e adaptação, no âmbito do direito público, de uma concepção privatística por excelência³⁴⁰, pois em nada se distingue a motivação histórico-social que levaram ao debate da doutrina do risco na seara do direito privado³⁴¹.

O Estado necessitou reinventar-se após o período industrial, especialmente com a superação do Estado Liberal, e não ficou impune às transformações geradas pela sociedade de risco, assumindo, inclusive, papel central na garantia dos bens e das vidas das pessoas frente aos riscos, que muitas vezes são globais³⁴².

Desta feita, passou-se a admitir que o risco encontra-se também presente na atuação estatal, o que não pode ser escusado por sua atuação motivada no bem comum, de maneira

³³⁷Sabe-se que a evolução da responsabilidade civil do Estado possui fases bem delineadas, não é o objetivo antecipá-las, no entanto é necessário alocar o Código Civil nessa linha evolutiva para evitar que seja julgado anacronicamente.

³³⁸FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X da Constituição da República. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 214.

³³⁹Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

³⁴⁰CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 33.

³⁴¹Nesse sentido aduz Yussef Said Cahali: “a sociedade de nossos dias, em que atua a Administração, caracteriza-se por um desenvolvimento acelerado da técnica e das atividades organizadas, que vão criando cada vez com maior intensidade situações de perigo de danos; essa mudança tecnológica estrutural não só comporta maior quantidade de danos possíveis como, também, uma modificação qualitativa da maneira como se produzem tais danos, no sentido de que grande parte deles é de danos anônimos, que devem produzir-se necessariamente pelo simples fato do funcionamento de uma atividade organizada, sem que seja possível a identificação da vontade do sujeito físico que os tenha provocado” (CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 33).

³⁴²BACK, Ulrich. Risk Society: World at Risk. Cambridge: Polity Press, 2008. p. 187.

que se o Estado, na percussão do interesse público cause dano injusto, mesmo que o ofendido como membro da sociedade seja beneficiado pela atuação danosa, sua ofensa o coloca em desequilíbrio com os demais que não sofreram qualquer prejuízo e, exatamente por isso, lhe cumpre reparação.

A objetivação da responsabilidade civil do Estado surge então calcada na ideia de igualdade na distribuição dos encargos públicos, de maneira que havendo sacrifício especial de um indivíduo, justificado por razões de interesse público, cumpre ao Estado retornar ao equilíbrio, por meio da indenização e compensação do particular sacrificado³⁴³. Deste modo, o risco administrativo não é medido para com a sociedade e sim em relação ao particular – ou grupo de particulares – que, como membro do corpo social, suportou a ofensa para que o interesse público fosse concretizado.

Antes de abordar a objetivação da responsabilidade na seara do direito privado, cumpre ressaltar, ainda, que a Constituição Federal de 1988 consagrou também a “Teoria do risco integral”³⁴⁴, que como foi mencionado anteriormente não obteve muito sucesso na esfera das relações entre particulares pela rigidez em que aborda o nexo de causalidade. A responsabilidade civil agravada³⁴⁵ do Estado já encontrava previsão na Lei n. 6.453/77, tendo sido elevada ao plano Constitucional por meio do art. 21, XXIII, “d”, ampliando-a, ainda, no plano infraconstitucional para os casos de ataque terrorista, conforme previsto na Lei n. 10.744/2003, e jurisprudencialmente, como o caso de danos causados por presos evadidos da prisão³⁴⁶, ainda que não haja unanimidade acerca da questão³⁴⁷.

³⁴³BORGES. Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado á luz do Código Civil: um toque de Direito Público. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006. p. 20.

³⁴⁴Segundo definição de Hely Lopes Meirelles “A *teoria do risco integral* é a modalidade extremada da doutrina do *risco administrativo*, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de “brutal”, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza (MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. atual. BURLE, Carla Rosado; FILHO, José Emanuel Burle. São Paulo: Malheiros Editores. 2016. p. 782).

³⁴⁵Tal nomenclatura é utilizada por Fernando Noronha para se referir aos casos em que a responsabilidade civil é pautada no risco integral. Ver: NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 667.

³⁴⁶NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 667.

³⁴⁷Em sentido desfavorável à responsabilização do Estado: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso Extraordinário n. 172.025. Responsabilidade Civil do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Latrocínio praticado por preso foragido, meses depois da fuga. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos. Precedente da Primeira turma: RE 130.764, Relator Ministro Moreira Alves. Recurso extraordinário não conhecido. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgamento em: 08.10.1996. Publicação em: 19.12.1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=219388>>. Acesso em: 15 nov. 2018. Em sentido favorável à responsabilização do Estado: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Extraordinário n. 409203. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º da Constituição Federal. *Faute du service public* caracterizada. Estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não

Se em plano internacional a doutrina do risco foi primeiramente adotada no plano das relações privadas e, somente após sua consolidação nessa esfera migrou para as relações de direito público, no Brasil o movimento foi inverso.

O Código Civil de 2002, apesar de ter recebido influxo das normas infraconstitucionais que disponham sobre a responsabilidade pautada no risco (Lei n. 6.367/76, Lei n. 8.213/91, Lei n. 6.938/81, Código de Defesa do Consumidor), pautou-se, sobretudo e especialmente, a partir do movimento de constitucionalização do Direito Civil, nas normas constitucionais para consagrar a adoção, como já foi dito, de um Sistema Dualista de responsabilidade civil, onde sequer pode-se falar em hierarquia entre as doutrinas³⁴⁸.

A doutrina do risco encontrou previsão expressa no Código Civil de 2002, tanto com relação ao Estado, no art. 43, quando na cláusula aberta do art. 927, que prevê em seu parágrafo único a “obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

No que se refere aos casos explicitados na lei não há margem para discussão da amplitude, tais questionamentos surgem, todavia, quanto às demais atividades naturalmente arriscadas. Acrescente-se, no entanto, que, sem ignorar a importância do debate, não é o objetivo do presente tratar das todas as questões que envolvem a referida norma, a proposta é apenas de definir a espécie de risco adotada e como isso reflete na amplitude de sua aplicabilidade.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, sabidamente defensor da doutrina do risco-criado, o Projeto 634-B, que originou o Código Civil de 2002, no parágrafo único do art. 927, não restringe à atividade que visa algum proveito, isso não impede que atividade seja proveitosa, mas não condiciona a responsabilidade civil ao pressuposto da vantagem³⁴⁹. Ademais, acrescenta-se que se fosse o intuito do legislador estabelecer o risco-proveito, teria

submetido à regressão de regime prisional como manda a lei. Configuração do nexo de causalidade. Recurso extraordinário desprovido. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 07.03.2006. Publicação em: 20.04.2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439294>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

³⁴⁸TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 117.

³⁴⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 284-285.

apresentado um qualificador para atividade, tal como fez no art. 966, do Código Civil, quando estabelece “atividade econômica”.

Acredita-se que a “Teoria do Risco-criado” é a que melhor se coaduna ao espírito incorporado pelo diploma civil de 2002³⁵⁰, inspirado que é pelas noções de socialidade e eticidade³⁵¹, uma vez que expande a proteção das situações existenciais da pessoa humana, assim como se amolda a perspectiva assumida pela responsabilidade civil na era pós-industrial, onde há maior preocupação com a reparação da vítima, ainda que para tanto sejam aumentados os encargos do agente causador do dano. Ressaltando-se, no entanto, que, em situações específicas, acabou por assimilar também a “Teoria do risco-proveito”³⁵²⁻³⁵³

Em suma, se entende que pelo parágrafo único do art. 927, do CC/02 aplica-se responsabilidade civil objetiva em qualquer atividade, mesmo que não empreendedora, desde que atenda aos demais requisitos estabelecidos no dispositivo: atividade normalmente desenvolvida e que por sua natureza coloque em risco os direitos de outrem.

A opção pelo uso do advérbio de frequência “normalmente”, segundo José Jairo Gomes, indica que não se trata de atividade exercida esporadicamente³⁵⁴, ressaltando-se que no atual estágio social o desenvolvimento continuado, não eventual, qualquer atividade impõe

³⁵⁰SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 24; SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. Comentário ao art. 927 do Código Civil. In FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo, Saraiva, 2002. p. 820; FILHO, Sérgio Cavalieri, **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 187.

³⁵¹REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 10-11.

³⁵²A título de ilustração, é possível observar a “Teoria do Risco-proveito” no art. 932, IV, do CCB e “art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos”, bem como a súmula 492 do STF: “A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado.”

³⁵³Não é unanimidade na doutrina a opção do legislador, Roger Silva Aguiar, por exemplo, ao tratar da exegese do art. 927 do CC/02 discorre que o risco projetou-se em duas subespécies: o risco-possibilidade e o risco-probabilidade, nesse sentido explica o autor que “no primeiro o risco é apenas a possibilidade de dano que a atividade humana traz ínsita em si e que pode ser erigida a uma condição de responsabilidade objetiva pelo legislador; já o risco-probabilidade, a atividade ao ser desempenhada gera um perigo, no qual a possibilidade de dano se afasta daquela condição normal e se apresenta como uma perspectiva concreta para a vítima”, e continua dizendo que “o risco-possibilidade relativo à assunção dos prejuízos causados a outrem, em razão da prática de uma determinada atividade que traz em si a possibilidade de causação do dano. Em tais situações, para que o agente venha a responder objetivamente, a hipótese necessariamente terá que estar estatuída em lei, conforme previsto na segunda parte do artigo”, e conclui que no risco-probabilidade “a qualificação de determinada atividade como perigosa, assinalando assim a existência de um perigo de dano. Esta visão remanesce fixada na terceira parte do dispositivo e poderá ser estatuída por lei ou reconhecida pelo judiciário (AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007. p. 49-51).

³⁵⁴GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 325.

sua organização, não sendo viável isolar um comportamento gerador em concreto do dano, sem referi-lo à inteira atividade em virtude de qual o dano ocorreu³⁵⁵.

No mesmo sentido, o autor supramencionado aduz que por si só, a redação legal também não quer dizer que a atividade deve ser econômica³⁵⁶. Todavia, há quem entenda que a menção pelo legislador de “atividade normalmente desenvolvida” tem por finalidade limitar a responsabilidade objetiva à “conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos”³⁵⁷. A questão da economicidade (ou lucratividade) seria viável para aqueles que entendem que apenas o risco-proveito gera a responsabilidade objetiva, mas é contrária à noção de solidariedade, que é o fundamento maior da responsabilidade objetiva, como se verá adiante, e razão pela qual insustentável uma teoria baseada unicamente no equilíbrio entre o bônus e ônus³⁵⁸.

No que tange à natureza da atividade, exige-se que essa possua como qualidade preexistente, intrínseca e não eliminável a periculosidade³⁵⁹, devendo ser considerada como perigosa “aquela atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média e revelada por meio de estatísticas, elementos técnicos e de experiência comum”³⁶⁰⁻³⁶¹, seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos, como material radioativo, explosivos, armas de fogo, seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo, a título de exemplo, controle de recursos hídricos, exploração de minerais e manipulação de energia nuclear³⁶².

Diante disso, cumpre ao magistrado, precipuamente, a identificação da periculosidade de uma atividade, mediante uma análise tópica e partindo do conceito, já explorado no

³⁵⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 28.

³⁵⁶GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 325.

³⁵⁷FILHO, Sérgio Cavalieri, **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 187.

³⁵⁸MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 28.

³⁵⁹FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 76, n.1º, jan-mar. 2010. p. 32.

³⁶⁰BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. São Paulo: RT, 1985. p. 277.

³⁶¹É o que Paulo Malheiros trata como “risco caracterizado ou qualificado”, para o autor se trata da “potencialidade contida na atividade que não pode ser eliminada, mesmo diante de toda diligência razoável e possível, e que possibilita um dano de grave intensidade; que seja especificamente perigosa, a partir de uma probabilidade elevada acerca da inevitabilidade do risco, mesmo que houvesse uma diligência razoável, assim como uma intensidade alta de ocorrências danosas derivadas dessa intensidade (**futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 223).

³⁶²SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 25.

presente, de que o Direito é um sistema aberto e dinâmico de maneira que “o magistrado deve ser sensível às noções correntes na comunidade, sobre o que se entende por periculosidade, bem como deve estar atento a entendimentos jurisprudenciais consolidados ou tendenciais”^{363_364_365}.

Cabe ressaltar que o risco de dano, a periculosidade, deve ser aferido de forma objetiva pela própria natureza da atividade perigosa ou dos meios por ela empregados na execução³⁶⁶, ignorando-se, a o nexo de imputação do agente, pois ainda que tenha atuado com dolo ou culpa, o elemento subjetivo é irrelevante. Todavia, isso não torna menos relevante o emprego de técnicas para redução do risco apresentado pela atividade³⁶⁷.

Quanto aos “direitos de outrem”, mencionados no art. 927 do CCB, segundo o Enunciado n. 555 do Conselho de Justiça Federal abrangem não apenas a vida e a integridade física, mas também outros direitos, de caráter patrimonial ou extrapatrimonial³⁶⁸, assim

³⁶³FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 76, n. 1, jan-mar. 2010. p. 33.

³⁶⁴Sérgio Cavalieri Filho indica como critério identificador da atividade de risco a distinção realizada pela doutrina entre o risco inerente e o risco criado, segundo o autor “O primeiro, risco inerente, é aquele intrinsecamente atado à própria natureza da atividade, à sua qualidade ou modo de realização, de tal forma que não se pode exercer essa atividade sem arrostar certos riscos. Embora o perigo ou risco seja elemento ligado a certas atividades, a lei não proíbe a sua realização, pelo contrário, até as estimula por serem necessárias à sociedade, como, por exemplo, os transportes de qualquer natureza, serviços públicos em geral- fornecimento de luz, gás, água, telefone -, serviços médico-hospitalares e outros tantos. Fala-se em risco adquirido quando a atividade normalmente não oferece perigo a alguém, mas pode se tornar perigosa (eventualmente) em razão da falta de cuidado de quem a exerce. São atividades que, sem defeito, não são perigosas; não apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados. Em nosso entender, enquadram-se no parágrafo único do art. 927 do Código Civil toda a atividade que contenha risco inerente, excepcional ou não, desde que intrínseco, atado à sua própria natureza. E assim nos parece porque pela *teoria do risco criado*, que também pode ser chamada de *risco da atividade*, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade empresarial ou profissional tem o dever de responder pelos riscos que ela possa expor à segurança e à incolumidade de terceiros, independentemente de culpa” (FILHO, Sérgio Cavalieri, **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 188).

³⁶⁵Por sua vez, Raquel Bellini Salles indica que o intérprete deve valer-se, além de dados estatísticos e previsões legislativas específicas, os índices de risco definidos em tabelas de seguro, bem como a existência de taxas premio, notadamente, superiores à média (SALLES, Raquel Bellini. **A cláusula geral da Responsabilidade Civil Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumén Júris, 2011. p. 148).

³⁶⁶FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 76, n.1º, jan-mar. 2010. p. 32.

³⁶⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº. 1308830/RS. CIVIL E consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do teor das informações postadas no site pelos Usuários. Desnecessidade. Mensagem de conteúdo ofensivo. Dano Moral. Risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da Existência de conteúdo ilícito. Retirada imediata do ar. Dever. Disponibilização de meios para identificação de cada usuário. Dever. Registro do número de IP. Suficiência. (...). Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em: 08.05.2012. Publicação em: 19.06.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201102574345&dt_publicacao=19/06/2012>. Acesso em: 15 nov. 2018.

³⁶⁸Enunciado 555. "Os direitos de outrem" mencionados no parágrafo único do art. 927 do Código Civil devem abranger não apenas a vida e a integridade física, mas também outros direitos, de caráter patrimonial ou extrapatrimonial (Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/626>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

devem se considerar os bens jurídicos que a lei colocou sobre sua proteção, sendo indenizáveis os danos nos moldes do que será estudado adiante [item 2.2.2]³⁶⁹.

A coletivização, por sua vez, não se deu apenas com a possibilidade de indenização de danos coletivos, alterou a própria estrutura da relação de responsabilização com a diluição dos danos entre a coletividade ou grupos de agentes, seja por meio do seguro de responsabilidade civil ou da socialização dos danos pela seguridade social, sempre no âmbito da responsabilidade objetiva.

Vê-se, portanto, sua estreita relação com a colocação da solidariedade como fundamento ético-jurídico da responsabilidade civil³⁷⁰. Esse reflexo é sentido também na esfera responsabilidade civil do Estado, haja vista que ao mesmo passo em que estabelece de forma direta a coletivização do dano para todos os membros da sociedade que têm seu interesse defendido pelo ente estatal, visando impedir que somente alguns arquem com os prejuízos que são atribuídos à coletividade³⁷¹ passa-se a estabelecer o dever de indenização do Estado para estes que se sacrificam de forma desigual para o bem comum, na busca pela igualdade de distribuição dos ônus públicos.

O conceito de socialização dos riscos e, conseqüentemente, da difusão do dever de indenizar entre os atores sociais, do qual não escapou o Estado, emerge do reconhecimento de que “há, cada vez mais, solidariedade na culpa (todos nos somos culpados pelos danos) e solidariedade na causa (todos causamos danos), e o passo necessariamente seguinte é o de que haja solidariedade na reparação (todos devemos reparar danos)”³⁷², especialmente na “sociedade de riscos”, onde os danos não encontram barreiras geográficas e muitas vezes são anônimos, de maneira que a busca pelo “culpado” deixaria a vítima desamparada³⁷³.

³⁶⁹BORGES. Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado á luz do Código Civil: um toque de Direito Público. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006. p. 20.

³⁷⁰Gustavo Tepedino, inclusive, escreveu que a adoção do Principio da Solidariedade pela Constituição Federal foi abertura suficiente para justificar a responsabilidade por risco, quando não havia ainda disposição legislativa nesse sentido (Gustavo Tepedino. **A evolução da responsabilidade no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal**. Temas do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.194).

³⁷¹ZOCKUN, Carolina Zancaner. Responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006. p. 77.

³⁷²SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 223.

³⁷³Explica Maria Celina Bodin de Moraes: “Em decorrência do princípio constitucional da solidariedade social, pois, distribuem-se e socializam-se as perdas e estendem-se o mais amplamente possível as garantias à integridade psicofísica e material de cada pessoa humana. Esta é a razão justificativa, a um só tempo ética e jurídica, do deslocamento dos custos do dano (injusto ou injustificado) da vítima para os responsáveis pelo ato ou atividade bem como para os pais, tutores e curadores, empregadores etc (MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 26).

Nesse cenário, ganharam espaço os seguros de responsabilidade civil em que se verifica nitidamente o objetivo de reparar a vítima, sem a preocupação com individualizar o agente ou ainda, estudar o nexo de imputação, pois no caso o dever de indenização é transmitido a terceiro pelo contrato de seguro, nos termos do art. 787 do Código Civil³⁷⁴, alterando-se todos os esforços judiciais.

O Estado também faz uso desses expedientes, nesse caso tem-se a seguridade social, algumas vezes para onerar a si mesmo, como a responsabilidade objetiva do INSS pelos acidentes trabalhistas, outras impondo à terceiro, como, por exemplo, o DPVAT e o SAT, por meio dos seguros obrigatório, previstos no art. 788 do Código Civil³⁷⁵.

Sem dúvidas, é uma das consequências da objetivação da responsabilidade civil, mas também do Princípio da Reparação Integral da vítima, pois com o crescimento da responsabilidade pautada no risco os agentes potencialmente lesivos muitas vezes não se encontram financeiramente aptos a responder pelos danos causados no exercício de certa atividade, tornando-se viável um modelo de seguradoras econômicas e, até mesmo, jurídicas³⁷⁶. E, ao mesmo tempo, retroalimentando o crescimento da responsabilização objetiva, criando uma relação de dependência entre a responsabilidade civil e a possibilidade de fazer seguros da atividade³⁷⁷.

Para Enzo Roppo³⁷⁸ a coletivização, em que pese o aspecto positivo de primar pela reparação da vítima, ao transferir para toda a sociedade, nos casos de seguro obrigatório, ou do grupo, os custos da indenização, sendo essa a lógica do contrato de seguros, seria desfavorável à função preventiva da responsabilidade civil, já que tanto o mais cuidadoso quanto o mais displicente respondem conjuntamente.

É um argumento com grande apego à concepção subjetiva da responsabilidade. De fato, a noção dos seguros acaba por tratar com igualdade aquele que causou o dano por atuar sem cautela e aquele que se direciona pautado no cuidado, no entanto, a prevenção e

³⁷⁴Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

³⁷⁵Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.

³⁷⁶SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 228.

³⁷⁷NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais: RT**. São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999. p. 37.

³⁷⁸ROPPO, Vincenzo. **Diritto Privato**. Torino: Giappichelli. 2010. p. 587. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais: RT**. São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999. p. 41.

precaução dos danos não deixam de existir, apenas são transferidas para a coletividade que ciente dos perigos presentes na “sociedade de riscos”, visa antecipar-se ao dano potencialmente causado pela atividade perigosa, criando uma forma de evitá-lo, realizando um gerenciamento do risco (“risk management”) ³⁷⁹.

O movimento triplo de ampliação dos danos indenizáveis, da objetivação da responsabilidade civil e da sua respectiva coletivização, causou a renovação das bases da responsabilidade civil moderna e com isso permitiu, também, a evolução da responsabilidade civil do Estado em direção a objetivação.

É certo que a responsabilidade civil do Estado fundada na culpa não deixou de existir, aplicando-se precipuamente aos casos em que há omissão estatal, apesar de a matéria não estar pacificada³⁸⁰. Sendo assim tal como no direito privado há adoção de um Sistema Misto, também na seara publicista da responsabilidade civil convivem, lado a lado, a responsabilização subjetiva e objetiva do Estado, cuja aplicação somente tornou-se possível com admissão do “risco-criado” como fundamento da responsabilidade civil.

Sendo assim, é comum encontrar a afirmação de que “a responsabilidade civil do Estado é objetiva porque pautada no risco administrativo”, trata-se de conclusão que não se encontra equivocada, mas incompleta. O que dizer daquelas atividades do Estado em que a responsabilização é objetiva, embora não apresente, normalmente, risco/perigo ao administrado? É o caso, conforme exemplifica Francisco Vieira Lima Neto, da limpeza de

³⁷⁹SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 226.

³⁸⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial n°. 721439/RJ. Administrativo. Responsabilidade civil do estado por ato omissivo. Queda de entulhos em residência localizada à margem de rodovia. 1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto. 4. Recurso especial improvido. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 21.08.2007. Publicação no Diário de Justiça em: 31.08.2007. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500170599&dt_publicacao=31/08/2007. Acesso em: 16 nov. 2018. Em sentido contrário: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso Extraordinário n°. 283989/PR. Constitucional. Responsabilidade objetiva do Estado. Artigo 37, § 6º, da Constituição da República. Danos causados por terceiros em imóvel rural. Descumprimento de ordem judicial. Indenização. Ilegitimidade de parte. Denúnciação da lide. Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 28.05.2002. Publicação no Diário de Justiça em: 13.09.2002. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259914>>. Acesso: 16 nov. 2018.

ruas, dos serviços educacionais, do fornecimento de alimentos em restaurantes populares³⁸¹ e, acrescenta-se, a atividade processual e jurisdicional. Nesse contexto, merecem atenção os denominados fatores atribuição que são os pressupostos para a responsabilização.

1.2.1 A responsabilidade civil do Estado por atividade não arriscada: a questão dos fatores de atribuição

A questão relativa aos “fatores de atribuição” recebeu maior visibilidade no Direito argentino sendo pouco debatida no Brasil, com destaque para o trabalho de André Fontes³⁸². A referida questão poderá também ser tratada sob a nomenclatura de nexo de imputação, como faz Fernando Noronha³⁸³, ressaltando-se que não se deve ser confundi-lo com a imputação enquanto elemento constitutivo da culpa³⁸⁴, restrito à seara da responsabilidade civil subjetiva.

Independentemente da expressão adotada, no presente estudo se utilizará preferencialmente “fatores de atribuição”, resta inquestionável sua importância para a responsabilidade civil que, se torna inviável sem um critério de imputação³⁸⁵, pois, conforme ensina R. Vázquez Ferreyra, “al hablar del factor de atribución se hace mención al fundamento que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño, haciendo recaer su peso sobre quien en justicia corresponde”³⁸⁶.

Vê-se, portanto, que os “fatores de atribuição” são um pressuposto da responsabilidade civil, que consiste no motivo de ser da atribuição do dever de indenizar ao devedor decorrente dano sofrido por determinada pessoa, o componente que aponta o responsável e o relaciona ao fato danoso³⁸⁷. Em suma, são a “razão especial” que diante da ocorrência de um dano injusto apresenta em definitivo aquele que deverá suportar os efeitos do dano³⁸⁸, quando presente todos os elementos.

³⁸¹LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – Crítica à luz do Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 29, p. 103-146, 1990. p. 141.

³⁸²FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 207-215, 1999.

³⁸³NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 495.

³⁸⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

³⁸⁵BUERES, Alberto J. **El acto ilícito**. Buenos Aires: Hammurabi, 1986. p. 112.

³⁸⁶FERREYRA, Roberto A. Vázquez. **Responsabilidad por daños (elementos)**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 193.

³⁸⁷NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 495-496.

³⁸⁸FERREYRA, Roberto A. Vázquez. **Responsabilidad por daños (elementos)**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 193.

Dentre os “fatores de atribuição” mais conhecidos encontra-se a culpa em sentido amplo, que durante muito tempo, como já se viu, foi o mote da responsabilidade civil, e o risco, normalmente aludido como o fundamento da responsabilidade objetiva. Todavia, como bem alerta André Fontes a utilização do termo no plural justifica-se na ideia de um catálogo amplo e aberto³⁸⁹, de maneira que não se esgotam na culpa e no risco, podendo-se falar, atualmente, em solidariedade, seguridade social, equidade, igualdade do ônus público, entre outros³⁹⁰.

Ressalta-se que o rol de “fatores de atribuição” está sujeito a ampliações, modificações e renovações, tratando-se de elemento cuja conformação dá-se em um dado momento histórico, numa sociedade determinada e numa específica ordem jurídica³⁹¹⁻³⁹², que por certo sofre influências ideológicas³⁹³, que implica tanto uma conotação econômica³⁹⁴ quanto questões relativas aos interesses juridicamente protegidos³⁹⁵.

³⁸⁹ FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 207-215, 1999. p. 213.

³⁹⁰ FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 207-215, 1999. p. 215.

³⁹¹ GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 87.

³⁹² Pela clareza, reproduz-se o posicionamento de Carlos Alberto Ghersi: “el factor de atribución, que es concretamente lo que en un momento histórico y en una sociedad determinada, el orden jurídico indica como la circunstancia o situación por la cual un sujeto de derecho debe asumir la reparación del daño. Esta decisión en la conformación de los factores de atribución, es decir, su restricción o ampliación, depende de una disputa ideológica, producto de la contradicción que venimos señalando en toda esta temática: por un lado, las empresas, el poder económico, tratando de restringir los factores, y por otro las personas, los consumidores, ampliándolos para una mayor protección de sus derechos, y el Estado, arbitrando o en connivencia con alguno de los sectores en pugna (p.ej., cuando el Poder Ejecutivo vetó los arts. 13 y 40 de la ley 24.240 que imponían la responsabilidad solidaria y objetiva de la cadena de producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios)” (GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 87-88).

³⁹³ Ideologia no âmbito deste estudo é apenas a concepção de que as proporções políticas de um Estado refletem não apenas no Poder Judiciário, mas também no direito produzido em sua égide, o direito legislado e também a doutrina, não é que não possa emancipar-se, mas não se deve ignorar que os reflexos estão presentes. Adotamos, portanto, a concepção fraca de ideologia, conforme distingue Mario Stoppino: “No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política” (STOPPINO, Mario, Ideologia. In BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco (Orgs.). Trad. Carmen C. Varriale et al. (coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: UNB, 2005. p. 591)

³⁹⁴ FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 207-215, 1999. p. 215.

³⁹⁵ Nesse sentido expõe Rodrigo Xavier Leonardo: Destaca-se, cada vez mais, a compreensão de que o dever de indenizar é proveniente de uma imputação, que pode ter por fundamento a culpa, o risco, a repartição dos custos das externalidades provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, ou, ainda, uma outra escolha política que, em maior ou menor medida, pressupõe um sopesar de valores entre os interesses de proteção dos potenciais lesados e os incentivos ou a repressão a determinada conduta ou atividade (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n.19, ano 5, p.261-269, jul./set. 2004. p. 265).

Para a conformação do rol dos “fatores de atribuição” contribui ativamente a doutrina e jurisprudência³⁹⁶, uma vez que, se é usual que a lei ao dispor sobre o dever de indenizar já deixe consignado o fundamento para tanto, não se pode ignorar que em outras tantas vezes, como já se disse, o legislador acaba por não ser claro em relação à ofensa a determinado bem jurídico. Em tais casos, cumpre à doutrina e a jurisprudência indagar a “razão de ser” que obriga ao ressarcimento³⁹⁷.

Os “fatores de atribuição” subdividem-se em dois grupos: os subjetivos e os objetivos, que consubstancia a índole da responsabilidade civil, é dizer, se trata-se de responsabilidade civil subjetiva ou objetiva. Os primeiros baseiam-se exclusivamente na culpa e no dolo e são considerados subjetivos porque se leva em consideração uma análise valorativa da conduta do causador do prejuízo a fim de atribuí-la como certa ou errada, a partir dos padrões sociais³⁹⁸, a partir da análise da culpabilidade e da voluntariedade, de maneira que “decorrem de qualquer ato voluntário dirigido ao fato causador do prejuízo”³⁹⁹.

Consideram-se “fatores de atribuição” subjetivos a culpa e o dolo, para os quais é relevante a análise da ilicitude da conduta do agente causador do dano, logo, é possível se falar em identidade entre a culpa, em sentido amplo, e a imputabilidade, na medida em que “só o ato imputável a alguém enseja a qualificação de ato ilícito, sendo que por envolver a ideia de capacidade de discernimento a imputabilidade torna-se elemento inseparável da culpa”⁴⁰⁰.

De outro lado, os “fatores de atribuição” objetivos são assim considerados porque dispensam a análise relativa à valoração da conduta do agente causador do dano, inclusive no que concerne à ilicitude, tornando irrelevante a voluntariedade e a culpabilidade, de maneira que a reparação do dano passa a fundar-se em uma causa externa⁴⁰¹, estipulada em lei, pela doutrina ou jurisprudencialmente.

Os “fatores de atribuição” objetivos são reflexos da evolução da responsabilidade objetiva no período pós-industrial, pois se antes era inviável pensar na responsabilidade civil

³⁹⁶FERREYRA, Roberto A. Vázquez. **Responsabilidad por daños (elementos)**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 196.

³⁹⁷GONZÁLES, Matilde M. Zavala de. **Responsabilidad por el daño necesario**. Buenos Aires: Astrea, 1985. p.134.

³⁹⁸LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – Crítica à luz do Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 29, p. 103-146, 1990. p. 141.

³⁹⁹FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 207-215, 1999. p. 213.

⁴⁰⁰MONTENEGRO. Antônio Lindbergh. Ressarcimento de danos pessoais e materiais. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 1999. p. 32.

⁴⁰¹FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 207-215, 1999. p. 213.

sem culpa, o fenômeno de esfacelamento dos fundamentos estruturais da culpa fez surgir e ascensão de “elementos de caráter social, de equidade, de solidariedade, de prevenção, de assistência e de segurança concorrem para a imposição da nova concepção de responsabilidade, de forma a lhe possibilitar a sua sustentação, formando os seus pressupostos”⁴⁰².

Dentre os “fatores de atribuição” objetivos encontra-se “risco criado”, o qual já se abordou, no entanto, os “fatores de atribuição” objetivos possuem uma cartilha ainda mais ampla, que permite a aplicação também para outras situações em que a atividade geradora do dano não será considerada arriscada, nos moldes já estudados. Segundo Vázquez Ferreyra podemos considerar como “fatores objetivos de atribuição”: a solidariedade⁴⁰³, a seguridade social, o risco criado; a equidade, a garantia e a tutela especial do crédito; igualdade do ônus público, seguro e critério econômicos. Carlos Alberto Gherzi acrescenta, ainda, o abuso de direito⁴⁰⁴ e a violação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva⁴⁰⁵, ressaltando-se que tal rol é exemplificativo, encontrando-se em expansão, e que muitas vezes são aludidos de forma implícita⁴⁰⁶.

Diante desse rol de “fatores jurídicos” resta perceptível que o risco embora de grande relevância na “sociedade de riscos”, em que se transformou a sociedade pós-industrial, não pode ser aludido como único fundamento da responsabilidade objetiva o Estado, tampouco se dizer que o art. 37, §6º da Constituição Federal adotou a teoria risco-administrativo.

A Constituição Federal adotou a responsabilidade objetiva do Estado como padrão e o fundamento para tanto pode ser encontrado sempre na solidariedade e ora no risco, ou na seguridade social, ou igualdade do ônus público, que é na verdade uma expressão do Princípio

⁴⁰² ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 43.

⁴⁰³ Cabe rememorar que esta, muito embora indicada como fator de atribuição da responsabilidade objetiva, possui uma abrangência muito mais ampla, atuando como verdadeiro fundamento ético-jurídico da responsabilidade civil seja ela subjetiva ou objetiva. Neste contexto relevante consideração é realizada por Ricoeur em “O Justo 1”, quando estuda a reformulação do conceito jurídico de responsabilidade o jusfilósofo aponta que “a virtude da solidariedade, invocada em apoio às pretensões exclusivas da filosofia do risco, está prestes a ser desalojada de sua posição ética eminente pela própria ideia de risco que a engendrou, uma vez que a proteção contra o risco orienta para a procura de segurança mais do que para afirmação da solidariedade” (RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 51).

⁴⁰⁴ GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 200-201.

⁴⁰⁵ GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 205-206.

⁴⁰⁶ Nesse sentido, explica Vázquez Ferreyra: “cabe advertir que estos dos factores de atribución no han sido contemplados en forma expresa por la jurisprudencia, ni tampoco analizados por la doctrina, pero creemos que inconscientemente funcionan como justificativos de indemnizaciones otorgadas por los tribunales” (FERREYRA, Roberto A. Vázquez. **Responsabilidad por daños (elementos)**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 214).

da Igualdade e, ainda, na equidade, bem como na miscigenação e combinação desses fundamentos, ressaltando-se a influência, ainda que implícita, dos critérios econômicos.

Ao presente estudo é relevante a solidariedade e a igualdade na distribuição do ônus público, a primeira já foi estudada, portanto, passa-se ao estudo da segunda, tangenciando-se, também, a equidade enquanto fator de atribuição.

1.2.2 A igualdade na distribuição do ônus público como fundamento da responsabilidade civil do Estado por atividade não arriscada (e lícita)

Na breve incursão acerca da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado viu-se que foi fundamental a noção de Igualdade, tão presente no período pós-Revolução Francesa, para a consagração da responsabilização objetiva baseada no risco e, com isso, abandono a inefetividade que a culpa representava na esfera pública, voltando-se para a primazia da vítima. A igualdade na distribuição do ônus públicos é uma expressão do Princípio da Igualdade⁴⁰⁷.

A distribuição igualitária dos ônus público encontra-se fundamentada no art. 13 da Declaração do Direito do Homem, de 1789, ao estabelecer que “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”⁴⁰⁸.

A repartição do ônus público é a concretização do Princípio da Igualdade, tomando-se o conceito de igualdade a partir de sua macrovisão, isso é, sob a ótica do equilíbrio que requer “uma análise da situação individualizada dos elementos do sistema interrelacionados no todo (igualitarismo) ou em partes”⁴⁰⁹.

A ideia consubstanciada na repartição do ônus público é de que tal como os benefícios decorrentes da atuação estatal são em prol de todos os membros da sociedade, os prejuízos

⁴⁰⁷Conforme expõe Amaro Cavalcanti: “assim como a igualdade direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa: *quod omnes tangit ab omnibus debet supportari*” (CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 21).

⁴⁰⁸Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁴⁰⁹MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da responsabilidade do Estado: Teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2002. p. 62.

que determinados membros sofrem de forma anormal e específica, na busca pela realização do interesse de todos, gera um desequilíbrio entre a distribuição dos encargos sociais, que somente pode ser recomposto com a reparação do dano⁴¹⁰.

A reparação cumpre aos demais membros que se beneficiaram da atividade geradora do dano, razão pela qual devem ser empregados recursos do erário, que é resultado da contribuição de todos, no restabelecimento do equilíbrio por meio da responsabilidade civil⁴¹¹. Assim, “desde que um particular sofra um prejuízo, em consequência do funcionamento (regular ou irregular, pouco importa) de um serviço organizado no interesse de todo, a indenização é devida”⁴¹².

Como se vê, parte-se, portanto, da noção de que os encargos sociais devem ser distribuídos igualmente entre os membros do corpo social, de maneira que se a algum deles é imposto um grave sacrifício, maior que aos demais, há uma dissonomia⁴¹³ que deverá ser corrigida, restabelecendo a isonomia.

Tal atuação poderá ser por meio de uma atividade arriscada, consoante estudado na oportunidade em que se analisou o art. 927 do Código Civil, caso em que o fundamento será também o risco administrativo, ou poderá decorrer de uma atuação não arriscada. Em tais situações, alude-se a um “risco social”⁴¹⁴, que nada mais é que o risco de viver em sociedade e repartir os ônus dessa vivência, logo não está verdadeiramente relacionado à noção de risco, enquanto fator de atribuição.

A igualdade enquanto fator de atribuição tem o relevante papel de fundamentar a responsabilidade civil do Estado não apenas por fatos não arriscados, mas também por atos lícitos, o que não implica dizer que também não se aplique aos ilícitos, pois, embora grande parte da doutrina⁴¹⁵ veja sua utilidade unicamente na esfera da licitude, salienta Celso Antônio

⁴¹⁰DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book (p. 891). ISBN 978-85-309-7956-0.

⁴¹¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 670). ISBN 978-85-97-01589-8.

⁴¹²LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário Apud VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade Civil do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 24, n. 96, p. 233-252, out./dez. 1987. p. 238.

⁴¹³BAHIA, Saulo José Casali. Responsabilidade Civil do Estado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 60.

⁴¹⁴CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 57.

⁴¹⁵CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 56; TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 566-567; Zancaner, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.66-67; TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 106.

de Bandeira Mello⁴¹⁶ que para os atos lícitos é o único fundamento, já para os ilícitos comissivos atua lado a lado com o Princípio da Legalidade⁴¹⁷.

O Estado encontra-se adstrito à persecução do interesse público, todavia o fim coletivo não é suficiente para afastar o dever de reparação, não mais. O próprio ordenamento jurídico autoriza que determinado indivíduo ou, ainda, um grupo de indivíduos, sofra sacrifício, caracterizando um dano anormal e especial que o descole da paridade estabelecida com os demais perante o Estado, a partir da violação de um interesse juridicamente tutelado. Todavia, ao mesmo passo que possibilita esse tratamento “desigual”, impõe, por razões de equidade, a obrigação de indenizar o (os) titular (es) do direito sacrificado⁴¹⁸.

É que em tais casos o ato causador do dano, em si, pode até ser lícito, mas o resultado é antijurídico, pelo próprio desequilíbrio jurídico que origina, a partir da quebra da igualdade, na sua expressão relativa aos ônus públicos. Seria da mais alta incompatibilidade sustentar o entendimento de que o Estado brasileiro, como Estado Democrático de Direito, adotou o Princípio da Igualdade em sua inviolabilidade, nos claros termos do art. 5º, *caput* e do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal e, ao mesmo tempo, admitir-se que um indivíduo ou grupo de indivíduos, sofram por sua própria atuação uma quebra do valor fundamental à ordem jurídica pátria, a isonomia.

Para além, como já foi anteriormente abordado, a responsabilidade civil do Estado é um postulado do Estado de Direito, de maneira que a indenização pelos danos injustos é direito fundamental do administrado perante o Estado, garantia inviolável e, para a sua concretização, sacrificou-se o debate acerca da ilicitude dos atos do Estado.

Insta destacar que a respeito da indenização por atos estatais lícitos, se discutiu se trata de aplicação do Princípio da Responsabilidade, uma vez que não havia ato ilícito a reparar, de

⁴¹⁶MELLO, Celso Antônio de Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 997.

⁴¹⁷Pela importância transcreve-se: “A nosso ver, o fundamento se biparte. a) No caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos ilícitos *comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*. b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso-, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito (MELLO, Celso Antônio de Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 997).

⁴¹⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974. p. 234.

maneira que em tais casos, haveria não uma responsabilidade civil do Estado, mas um dever de indenizar fundado no Princípio da Igualdade⁴¹⁹.

Celso Antônio de Bandeira Mello⁴²⁰ é preciso ao tratar dessa questão. Segundo o autor é necessário distinguir as situações em que o ordenamento jurídico faculta ao Estado a possibilidade de sacrificar o direito de um indivíduo ou grupo para atingir o fim público, o exemplo clássico para o autor é a desapropriação. Em tais casos, não se trata de reparação decorrente da responsabilidade civil do Estado e, mormente, encontra-se já prevista em lei. De outro lado, há aquelas situações em que o Estado no exercício legítimo de suas aptidões, visando à consecução do bem comum, sem qualquer pretensão de lesar o indivíduo ou grupo acaba por causar dano injusto de forma indireta e consequencial. Para tais casos, a reparação é fundada no Princípio da Responsabilidade, havendo, portanto, a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos.

Seja para os casos de sacrifício de direito autorizado pelo ordenamento jurídico, seja para os casos de responsabilidade civil objetiva por atos lícitos ou ilícitos, a ideia de igualdade na distribuição dos encargos encontra-se como fundamento para a reparação do dano injusto, porque não é admissível que aquele que sofre um dano a maior que os demais, ocasionado pelo Estado enquanto busca o interesse público seja no exercício do Poder Executivo, Legislativo⁴²¹ ou Judiciário não se veja reparado, restabelecendo a igualdade.

⁴¹⁹A exposição de Caio Tácito condessa exatamente os argumentos em debate: “Não se confunde com o princípio da responsabilidade (que pressupõe a violação de direito subjetivo mediante ato ilícito da administração) a obrigação de indenizar o sacrifício de um direito em consequência de atividade legítima do Poder Público. No exercício de sua competência legal é lícito a administração, em casos determinados, atingir, em benefício do interesse público, o uso ou gozo de um direito privado, sobretudo, de natureza patrimonial. À restrição ou supressão desses direitos por um ato administrativo lícito, poderá corresponder o ressarcimento do prejuízo, a fim de manter o equilíbrio econômico do patrimônio afetado. É o caso típico da desapropriação por utilidade pública, da requisição de bens ou serviços, da encampação de serviços públicos concedidos, da execução compulsória de medidas sanitárias e outras hipóteses análogas. Não há, em tais casos, ato ilícito a reparar. A ação do Estado é juridicamente perfeita, constituindo forma regular de limitação administrativa ao direito individual. A causa determinante da indenização não é a mesma que fundamenta a reparação do dano pelo emprego anormal ou excessivo do poder administrativo. Tratando-se de um benefício à coletividade, desde que o ato administrativo lícito atende ao interesse geral, o pagamento da indenização redistribui o encargo, que, de outro modo, seria apenas suportado pelo titular do direito. Esse princípio da repartição dos encargos públicos, ou da igualdade dos indivíduos diante das cargas públicas, é usualmente indicado, no direito francês, como fundamento da responsabilidade sem falta, ou seja, da responsabilidade por risco. Tem sua origem no art. 13 da Declaração de Direitos do Homem, de 1789” (TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 566-567). Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974. p. 234; FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. p. 244.

⁴²⁰MELLO, Celso Antônio de Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 984-985.

⁴²¹Conforme ensina Carvalho Filho, nesse âmbito, “ocorre particularmente quando a lei atinge direitos de determinado grupo de indivíduos (p. ex.: o de propriedade), à custa de algum outro benefício conferido a um universo maior de destinatários. Trata-se aqui de *dano lícito indenizável*, sujeito, no entanto, a que seja (a)

Di Pietro, ao analisar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, ensina que “embora a função jurisdicional, no âmbito civil, objective, em última instância, a consecução da paz social, quando se exerce no caso concreto, ela não beneficia a toda a coletividade (salvo em algumas ações que protegem o interesse coletivo), mas as partes envolvidas”⁴²².

Assim, é possível dizer, em regra, que a repartição igualitária dos ônus públicos é fator de atribuição da responsabilidade civil do Estado quando atuação jurisdicional dá-se em defesa de interesses difusos, considerando-se que o termo “coletivo”, empregado pela autora supramencionada, é na dimensão *lato sensu*, pois como se sabe, dentre catálogo de direitos transindividuais, aquele que abarca o interesse de toda a coletividade é denominado direito difuso⁴²³.

Já a equidade, que é sempre um suporte à responsabilidade objetiva pautada na distribuição do ônus, recebe destaque fundamental para os casos em que não se puder fundamentar a responsabilidade civil nesta, funcionando como valioso instrumento para a concretização da justiça.

Conforme já estudado [item 1.1.3.1.2] é conceito que nasce na Filosofia, sendo posteriormente transportado para o Direito e assumindo papel relevante. Enquanto fator de atribuição destaca-se que foi um dos fundamentos primeiros da responsabilidade civil objetiva, tendo sido aventada pelos precursores do debate na escola jus-naturalista, especialmente por Thomasius, com relação aos inimputáveis, a partir da ideia de que todas as pessoas têm “direito natural” à reparação de danos, uma vez que equânimes⁴²⁴. Observa-se, portanto, uma referência ao conceito objetivo de equidade⁴²⁵.

economicamente mensurável, (b) especial e (c) anormal. De qualquer modo, sempre será necessária certa precaução no que tange à análise de tais situações, em ordem a evitar que lei contrária a meros interesses possa gerar pretensões reparatórias despidas de fundamento jurídico” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 687). ISBN 978-85-97-01589-8).

⁴²²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 94.

⁴²³Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. “reputam-se direitos difusos (art. 81, par. ún., I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), titularizado por um grupo composto por pessoa indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato. Entre os componentes do grupo não existe um vínculo comum de natureza jurídica, v.g., a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através da imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica base, a proteção do meio ambiente e a preservação da moralidade administrativa” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 10ª. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 69).

⁴²⁴LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 238, p. 207-235, out./dez. 2004. p. 219.

⁴²⁵AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. p. 21. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/615/795>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

No âmbito da responsabilidade civil a equidade motivou a revisão dos critérios de indenização por acidentes industriais, no século XIX, sendo, portanto, máxima a sua relevância para o florescer da “Teoria do Risco”⁴²⁶⁻⁴²⁷. Foi inclusive sob o fundamento da equidade que os códigos civis modernos passaram a adotar a responsabilidade civil objetiva dos incapazes, sendo possível observá-la, ainda, hoje, no art. 928 do diploma civil brasileiro⁴²⁸.

É possível falar-se de uma ampliação para demais circunstâncias fáticas⁴²⁹, especialmente no âmbito do Direito Civil brasileiro, onde o conceito de equidade está imerso no conteúdo do próprio Direito e, enquanto este regula a sociedade com normas gerais do justo e equitativo, aquela visa adaptar essas normas a um caso concreto, evitando-se que injustiças sejam cometidas⁴³⁰, ainda que o Código Civil de 2002, diferentemente de seu antecessor não a mencione.

Na responsabilidade por equidade, há uma preocupação como o resultado danoso, pois se não é considerável justo que aquele que mesmo sem atuar com culpa arque com os danos causados à vítima, é ainda menos compreensível que a vítima acometida por dano injusto seja obrigada a suportá-lo sozinha. Logo, fundamenta-se o dever de indenizar na injustiça que

⁴²⁶PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermitina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 165.

⁴²⁷Transcreve-se a exposição do jusfilósofo polonês: “Eis alguns exemplos que permitem compreender melhor como o juiz não se contenta em aplicar a regra da justiça, mas se serve de seu poder de interpretação e de apreciação para que suas decisões se conformem ao seu senso de equidade. Outro eminente exemplo de trabalho criativo, em matéria jurisprudencial, é fornecido pelas sucessivas interpretações do art. 1.382 do Código de Napoleão, que se contenta em afirmar que ‘todo e qualquer ato do homem que causa a outrem um dano obriga aquele por, cuja culpa ele ocorreu, a repará-lo’. Através de sucessivas interpretações, a jurisprudência belga e francesa pôde estender e até transformar o sentido dos termos ‘causa’ e culpa de modo que se imputasse a responsabilidade de um dano não só àquele que cometeu um erro, mas também àquele que deu origem a um risco” (PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermitina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 165-166).

⁴²⁸Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

⁴²⁹Nesse sentido, expõe Othon de Azevedo Lopes: “O princípio da equidade, como visto, foi o primeiro fundamento para que a responsabilidade não se fundasse exclusivamente na culpa, a partir da concepção que também os incapazes de discernimento deveriam indenizar os danos por eles causados. Marton, com razão, manifesta estranheza pelo fato de que se tenha aceitado nas primeiras codificações jusnaturalistas e no Código Civil suíço essa responsabilidade de menores e alienados, os mais distantes da culpa, mas se recusasse a sua extensão para outros casos de responsabilidade civil. Se é equitativo condenar uma criança a indenizar, com muito mais razão o é um rico capaz que causou um dano, ainda que sem culpa. Não existe, na sua opinião, justificativa para se restringir a equidade somente aos incapazes” (LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 238, p. 207-235, out./dez. 2004. p. 221).

⁴³⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 13ª ed. Atlas, 2013. p. 25

seria a não reparação da vítima⁴³¹, caso claro de leitura da responsabilidade civil pela ótica da primazia da vítima.

A par disso, Carlos Alberto Gherzi⁴³² defende a aplicação da equidade, enquanto fator de atribuição, adstrita ao caso específico de dano causado por inimputável, cuja previsão encontra-se no art. 907 do Código Civil Argentino, uma vez que nesse caso não é possível julgar o autor do dano com base na responsabilidade subjetiva ou na responsabilidade objetiva.

A restrição almejada pelo autor Argentino não é justificável, mesmo porque a equidade enquanto fator de atribuição tem outro relevante espectro, devidamente pontuado por G. Marton⁴³³, vislumbrado quando de sua aplicação nas relações onde há disparidade entre a vítima e o ofensor, é o que denomina de “*richesse oblique*” cuja tradução livre seria, “a riqueza obriga”.

A compreensão é tão direta quando o termo empregado: atribuí-se a responsabilidade civil àquele que possui melhor condição de suportar o encargo, sob ponto de vista econômico-⁴³⁴, tendo em vista que conforme ensina Aguiar Dias, a distribuição do ônus do prejuízo deve atender ao interesse da paz social⁴³⁵.

Ocorre que é necessário dar a exata dimensão à equidade enquanto fator de atribuição, senão corre-se o risco de criar uma inusitada e absurda relação onde o rico seria sempre responsável pelo dano experimentado pelo hipossuficiente⁴³⁶. Assim, Marton estabelece como limite à equidade a noção de preservação do interesse mais relevante, baseando-se em Adolphe Merkel, destaca a necessidade de sopesar o interesse onde há maior relevância para a sociedade, e só então distribuir o ônus do prejuízo sofrido, obrigando o ofensor ou a vítima a suportá-lo⁴³⁷.

Esta carga subjetiva da equidade, que acabou por lhe impor uma situação de subsidiariedade, acredita-se não ser aplicável à seara do Direito Público, razão pela qual sua

⁴³¹GESUALDI, Dora María. **Responsabilidad civil**: factores objetivos de atribución – relación de causalidad. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 38.

⁴³²GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 191.

⁴³³MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris: Sirey, 1938. p. 188-189.

⁴³⁴Pela importância, transcreve-se excerto, de livre tradução, em que Marton mostra sua indignação quanto à resistência da doutrina em admitir a equidade como fundamento da responsabilidade objetiva: “Se parece equitativo condenar um alienado ou um menor rico à reparação deve, ao menos, ser equitativo proceder de igual modo no caso do indivíduo rico, são de espírito, que causa o dano involuntariamente, e sem que nenhum a culpa lhe possa atribuir. Limitar esse tratamento aos alienados é impor-lhes, de maneira injusta, um verdadeiro privilégio odioso” (MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris: Sirey, 1938. p. 186).

⁴³⁵DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 4.

⁴³⁶DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 56.

⁴³⁷MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris: Sirey, 1938. p. 188.

importância não pode ser diminuída, devendo constituir relevante baliza para análise da responsabilidade civil do Estado.

A um pela relação verticalizada verificável entre o Estado e os particulares. O Estado possui não apenas maior poderio econômico que o particular, como também goza das prerrogativas que lhe são inerentes na persecução do interesse públicos, o que o coloca em uma posição em que se pode considerá-lo “o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso”, com que o indivíduo estabelece uma relação de subordinação, ainda que protegido pelas normas do ordenamento jurídico⁴³⁸.

A dois por que o fim público é interesse precípua do Estado, razão última pela qual foi constituído, e não poderá ser utilizado como forma de escusar o Estado de responder pelos danos causados aos seus administrados. A questão entre a realização do interesse público *versus* a indenização das vítimas já resta superado desde o abandono da responsabilidade exclusivamente pelos ditos “atos de gestão”, passando-se a compreender que todo e qualquer ato Estatal, seja lícito ou ilícito, seja para perseguir o interesse primário ou secundário, está sujeito à responsabilização civil.

⁴³⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 669-670). ISBN 978-85-97-01589-8.

2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2. 1 DANO INJUSTO NO MODELO DE ATIPICIDADE BRASILEIRO

O dano, dentre os elementos da responsabilidade civil, é o que se apresenta de forma incontestável, uma vez que remonta o fundamento primeiro da relação jurídica de responsabilidade, na forma em que foi tradicionalmente concebida no seio do Direito Romano: o *neminem laedere*⁴³⁹.

Ao discorrer sobre o *neminem laedere* Pontes de Miranda consigna que se trata de um dos princípios fundamentais da ordem social⁴⁴⁰. Encontra fundamento a afirmação do autor na ideia de que a responsabilidade jurídica, gênero do qual é parte a responsabilidade civil, é um dos muitos expedientes dos quais o Direito faz uso para o restabelecimento do equilíbrio, violado pela existência de um prejuízo na órbita jurídica de um sujeito de direitos⁴⁴¹, nos termos já abordados.

Na mesma ocasião Pontes de Miranda ensina que em todas as sociedades o que se tem por ofensa não deve ficar sem satisfação, sem ressarcimento, todavia adverte que por tratar-se o *neminem laedere* de um princípio formal, que pressupõe a determinação concreta do que é “meu” e do que é “teu”, pode um ato ser ofensivo num tempo ou lugar e não o ser em outro⁴⁴².

Tem-se, assim, que o dano não é um conceito “dado”, dotado de alguma essência que lhe seja indissociável, e sim “construído”, portanto, apto a ser situado, axiologicamente, no espaço e no tempo⁴⁴³. É justamente por ser um conceito jurídico-positivo⁴⁴⁴, construído sem

⁴³⁹O *neminem laedere* ou *alterum non laedere*, na livre tradução, “não ofender a ninguém”, encontra-se insculpido no Digesto Romano e se trata, segundo Ulpiano, de um dos três preceitos fundamentais do Direito, ao lado de *honeste vivere* (viver honestamente) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu) (BÖTTCHER, Carlos Alexandre. O Legado ético e universalista do Direito Romano. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. v. 108, jan./dez, p. 155 – 167, 2013. p. 158.

⁴⁴⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: direitos das obrigações, fatos ilícitos absolutos, responsabilidade, danos causados por animais, coisas animadas, Estado e servidores, profissionais**. Tomo LIII. Atualizado por Rui Stoco, São Paulo: RT, 2012. p. 61.

⁴⁴¹DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 04.

⁴⁴²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Direito das obrigações: direitos das obrigações, fatos ilícitos absolutos, responsabilidade, danos causados por animais, coisas animadas, Estado e servidores, profissionais**, 2012. p. 61.

⁴⁴³MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 182.

⁴⁴⁴No presente estudo a categoria de conceito jurídico-positivo, foi empregada nos termos descritos por Fredie Didier na sua tese de livre docência, a saber: “o conceito jurídico-positivo é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável. Tem, como afirma Juan Terán, ‘validez determinada en cuanto al espacio y determinada en cuanto al tiempo en sentido histórico’. Trata-se de

pretensões de universalidade e perenidade, que Clóvis V. do Couto e Silva inicia seu clássico texto sobre o conceito de dano no direito brasileiro e comparado, informando ao leitor que “sem que se estabeleça a noção de dano, não se pode ter uma ideia exata da responsabilidade civil num determinado país”⁴⁴⁵.

No mesmo sentido, pelo caráter aberto e dinâmico do Direito se pôde verificar a expansão dos danos indenizáveis e o paulatino abandono de uma concepção estritamente patrimonialista em direção aos danos extrapatrimoniais, conforme se estudará adiante [item 1.3.4.3].

O dano é alicerce da responsabilidade civil em qualquer tempo e qualquer lugar. É bem verdade que a magnitude de sua influência no instituto e a amplitude de danos indenizáveis sofreu variações acompanhando as alterações do momento histórico, todavia é inquestionável⁴⁴⁶ sua importância, para a própria existência do dever de indenizar e para a sua delimitação, como bem esclareceu o art. 944, do Código Civil.

Diante do exposto, visa-se apresentar o que aqui se entende por dano, logo não há a pretensão de ser estanque e não se objetiva o levantamento histórico do mencionado conceito, apesar do reconhecido caráter pedagógico da metodologia.

O conceito primário de dano surge inspirado no Digesto Romano com a expressão “*damnum est damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt*”, assim se traduzia o dano como toda e qualquer diminuição do patrimônio de alguém⁴⁴⁷. Tal concepção casou-se muito bem com o Direito do século XIX, impregnado pela ideologia liberal cujo

noção que somente poderá ser obtida à posteriori, ‘no sentido de que apenas poderá ser apreendida após o conhecimento de um determinado Direito Positivo’. São conceitos contingentes, históricos: descrevem realidades criadas pelo homem em certo lugar, em certo momento”(DIDIER, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 4ª ed. Salvador: JusPodvm, 2017. p.51).

⁴⁴⁵ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 333.

⁴⁴⁶ Importante ressaltar que é tendência na doutrina nacional, embasada na escola francesa, a defesa de uma responsabilidade civil sem dano. Trata-se, na verdade, da responsabilidade civil na esfera de prevenção de danos, é dizer que se indeniza o risco de dano com fundamento no princípio da precaução. Confira-se na doutrina LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010; LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012; CARVALHO, Délton Winter. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014; HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁴⁴⁷ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Jurídica Universitária, 1965. p. 186.

paradigma dominante era o homem produtor de riquezas materiais⁴⁴⁸, conforma já explorado [item 1.2].

A concepção de dano encontrava-se atrelada à noção de direito subjetivo absoluto, que na verdade remetia à propriedade privada, a grande vedete de um Estado Liberal, e, portanto, era medida a partir de uma equação matemática verificável a partir da efetiva diminuição patrimonial da vítima, conforme já falado no item 1.1.3.1.

Posteriormente, passou-se a conceber o dano não mais como uma lesão apenas a um direito subjetivo, abarcando igualmente a noção de interesse juridicamente tutelado, considerando interesse, como já dito, com a relação entre o homem e o bem, em que este é identificado como tudo que pode satisfazer as necessidades daquele⁴⁴⁹.

Para a responsabilidade civil do Estado o conceito de dano é de suma importância, considerando que nesse caso basta a comprovação da conduta, do dano e do nexo causal entre os primeiros. Nesse contexto, Yussef Said Cahali considera-se dano ressarcível pelo Estado todo aquele que “tanto resulta de um fato doloso ou culposos do agente público, como também, de ato que, embora não culposos ou revelador de falha do serviço, tenha se caracterizado como injusto para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo”⁴⁵⁰. Todavia, conforme supramencionado é necessário substituir o direito subjetivo por interesses juridicamente tutelados.

2.1.1 Conceituação do dano no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise a partir da decomposição do conceito formulado por Fernando Noronha

O conceito de dano é, portanto, transmutável, sendo assim, é necessário estabelecer, antes que qualquer outra coisa, o que vem a ser considerado dano na ordem jurídica brasileira

⁴⁴⁸MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Rio Grande do Sul, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 182.

⁴⁴⁹É a lição de Carnelutti: “Perciò la nozione di interesse, se há da essere uno dei fondamenti della teoria giuridica, conviene che sia obbiettiva, non subbiettiva; che consideri l’interesse come qualcosa che esiste fuori da noi, e non è il bene stesso, è la situazione di ciascun uomo rispetto al bene, in virtù della quale gli sia possibile, gli sia facile, gli sia sicuro di poterlo impiegare per la soddisfazione di un bisogno; il pane è un bene; Poter mangiare il pane, questo è un interesse” (CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. Pádua, 1930. p. 12). Ao seu tempo, Aguiar Dias questiona a amplitude que pode ser dada o termo “bem”: “Dizer que bem é tudo quanto satisfaça a uma necessidade humana é certo, mas alongar a definição e assentar que bem é tanto o objeto do mundo exterior, como o acontecimento natural, ação ou omissão humana, ou, ainda, o estado individual da pessoa como a vida a saúde ou a liberdade, o estado de fato, como o silêncio noturno, ou o estado de uma coisa, como o da carta fechada, não satisfaz, porque os atributos não são bens em si, mas modos de ser do bem (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 714).

⁴⁵⁰CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 66.

hodierna. É dizer, quais lesões a interesses jurídicos estão sujeitas ao ressarcimento pelo Estado.

Não é demais retomar, pois já foi expresso na ocasião em que se abordou o Princípio da Reparação Integral, que o *an debeatur*, numa responsabilidade civil voltada precipuamente para a tutela da vítima, tem se mostrado verdadeiramente amplo para que em nenhuma lesão sofrida reste desamparado o ofendido, especialmente na seara da responsabilidade civil do Estado, onde se mostra como verdadeiro mecanismo para assegurar direitos fundamentais.

Cumprido, portanto, numa releitura da categoria jurídica que é o dano dimensioná-lo corretamente, para que também a responsabilidade civil do Estado possa-se vislumbrar o equilíbrio. Portanto, não se trata apenas de uma análise axiológica de índole constitucional, mesmo por o caráter ôntico do jurídico encontra-se na realidade social e, justamente, dela não pode se afastar.

Para tanto, o presente estudo funda-se no conceito de dano formulado por Fernando Noronha, tendo buscado o autor uma construção consentânea com atual estágio evolutivo do ordenamento jurídico brasileiro, aduz: “dano é o prejuízo, econômico ou não econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelado”⁴⁵¹.

A partir da conceituação supra transcrita passa-se ao estudo analítico dos elementos que compõe o conceito de dano, a saber: (i) prejuízo; (ii) econômico ou não econômico; (iii) de natureza individual ou coletiva; (iv) resultante de ato ou fato antijurídico; (v) que viole qualquer valor inerente a pessoa humana e atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelado.

2.1.1.1 Prejuízo

A distinção entre dano e prejuízo é resultado de uma recente valoração de rigor terminológico pelo direito francês que rompeu com um longo período doutrinário em que os vocábulos foram considerados sinônimos⁴⁵².

A divergência entre dano e prejuízo remonta, segundo ensina Paulo de Tarso Sanseverino, ao período de vigência da *Lex Aquilia* quando a concepção de *damno*

⁴⁵¹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 497.

⁴⁵²SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 144.

correspondia ao ataque à integridade de alguma coisa, sem que houvesse preocupação quanto ao efetivo prejuízo do proprietário⁴⁵³. Posteriormente, na medida em que se passou a perquirir a consequência econômica do dano, a diminuição patrimonial, os conceitos foram se aproximando a ponto de serem considerados sinônimos⁴⁵⁴.

Visando a distinção, Lambert-Faivre, ao propor alterações no tratamento dos danos corporais, a partir de estudos realizados no âmbito de um grupo de trabalho, propõe que seja realizado um esclarecimento entre os conceitos de dano corporal e prejuízo, assim o dano seria o fato material que atinge o lesado, enquanto o prejuízo atenta a um direito, seja ele de índole patrimonial ou extrapatrimonial. Em outras palavras, é o dano é uma questão de fato enquanto o prejuízo uma questão de direito, de maneira que o dano poderá dar ensejo a distintos prejuízos⁴⁵⁵.

De outro lado, Hans Fisher, não estabelece uma distinção, propriamente dita, entre dano e prejuízo, mas considera que estes possuem distintas acepções. Nesse sentido, segundo o jurista alemão, prejuízo na acepção vulgar de dano, espraia-se por todas as searas da existência do ser é, portanto, não exclusivamente jurídica, neste sentido, considera-se o dano como “todo prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa da lesão”⁴⁵⁶. Já o dano na sua acepção jurídica traduz-se nos prejuízos decorrentes da violação de bens jurídicos por outrem⁴⁵⁷.

Parece mais acertada a análise de Antônio Junqueira de Azevedo, o autor ao analisar os vocábulos “lesão”, “dano” e “prejuízo” ensina que esses muitas vezes são ambíguos, sendo ora utilizado para o ato que viola o bem juridicamente protegido, ora para significar o prejuízo resultante da violação. Dito isso, propõe seja o dano referido em dois momentos distintos, conclamando cada um deles uma nomenclatura típica: o dano-evento e o dano prejuízo⁴⁵⁸.

⁴⁵³SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 2010. p. 137.

⁴⁵⁴MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, Andre. **Tratado teorico y practico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Buenos Aires: EJE, 1961. p. 58.

⁴⁵⁵Nas palavras da jurista francesa: “Clarification des concepts en distinguant le «dommage» corporel (= fait matériel causant une atteinte à l’intégrité physique et psychique) et les «préjudices» juridiquement indemnisables (atteinte à un droit patrimonial ou extra patrimonial)” (LAMBERT-FEIVRE. Yvonne, **L’indemnisation du dommage corporel (rapport)**. Paris: Conseil National de l’aide aux victimes. Ministère de la Justice da la République Française, 2003. p. 5. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/syntheseindemcorp.pdf>. Acesso em: 08 out. 2018.

⁴⁵⁶FISCHER, Hans. **A reparação de danos no direito civil**. Trad. de Arruda Ferrer Correa. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 7.

⁴⁵⁷FISCHER, Hans. **A reparação de danos no direito civil**. Trad. de Arruda Ferrer Correa. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 7.

⁴⁵⁸AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.2, n.3, 2013, p. 1-15. p. 11.

O dano-evento, identificado como o primeiro momento, deve ser entendido como a lesão que atinge à pessoa, à figura social da pessoa, o patrimônio ou à terceiro, decorrente do descumprimento de um direito. Em síntese, ensina Gilberto Fachetti Silvestre, com arrimo em Flavio Samuele Pera, que “o dano-evento é o que decorre da conduta contrária ao direito de outrem, pouco importando se lícita ou ilícita: a simples contrariedade à lei, ao negócio jurídico e à sentença judicial é um dano (-evento)”⁴⁵⁹.

O dano-prejuízo, por sua vez, é o segundo momento, a consequência do dano-evento e, como tal, poderá ser patrimonial ou não patrimonial, a depender do bem jurídico que terá o valor reduzido pelo dano-evento⁴⁶⁰. Ressalta-se que não há um vínculo restrito entre o dano-evento e o dano-prejuízo⁴⁶¹, bem como que não é necessário um lapso temporal para que ocorram, sendo perfeitamente possível que a ocorrência seja simultânea.

Acrescenta-se às lições acima que na relação do dano-evento com o bem violado, este não deve ser encarado como a própria violação e sim como sua consequência⁴⁶², tendo em vista que a violação configura, na verdade, o fato antijurídico, que será estudado adiante [item 2.2.1.4].

2.1.1.2 Econômico ou não econômico

A noção de economicidade, no contexto da conceituação esboçada por Fernando Noronha, encontra-se atrelada à concepção de patrimônio, seja na perspectiva pecuniária, como o complexo de direitos e obrigações de uma pessoa suscetíveis à avaliação em

Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Azevedo-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>, acesso em: 08 out. 2018.

⁴⁵⁹SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **Responsabilidade civil pela violação à função social do contrato**. São Paulo: Almedina, 2018. p. 231.

⁴⁶⁰SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **Responsabilidade civil pela violação à função social do contrato**. São Paulo: Almedina, 2018. p. 231.

⁴⁶¹Nesse sentido exemplifica Antonio Junqueira de Azevedo: “o dano-evento pode ser na pessoa e o dano-prejuízo, ser patrimonial, se, por exemplo, por causa de lesão à integridade física, se passarem muitos dias não trabalhados; ou o dano-evento ser no patrimônio e o dano-prejuízo ser não patrimonial, se, *verbi gratia*, se trata de destruição de objeto com alto valor de afeição; ou, ainda, o dano-evento ser em terceiro (vítima) e o dano-prejuízo ser do pai ou do filho da vítima” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.2, n.3, 2013, p. 1-15. p. 11. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Azevedo-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>, acesso em: 08 out. 2018).

⁴⁶²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 580.

pecúnia⁴⁶³ seja na noção de patrimônio ideal, isso é, o conjunto de tudo, inerente à pessoa humana, que não é suscetível de valoração econômica⁴⁶⁴.

Na primeira concepção de patrimônio o dano tem caráter econômico e ocorre quando o interesse lesado encontra-se associado a um bem que possui um preço mercadológico ou, ainda que não possua, seja passível de atribuição de um preço em correspondência com outros bens disponíveis no mercado⁴⁶⁵. Nesse sentido, tanto o que a pessoa efetivamente perdeu em decorrência do dano (dano emergente) quanto o que se deixou de ganhar (lucro cessante), estão englobados pela esfera de proteção jurídica, além disso, é possível ainda uma indenização pela perda da oportunidade de obter a vantagem ou evitar um prejuízo⁴⁶⁶, no contexto do Princípio da Reparação Integral.

Aos danos desta natureza convencionou-se chamar de danos patrimoniais, sendo possível também denominá-los de danos materiais, ocorre que, como bem salienta Fernando Noronha, essa nomenclatura, apesar de tradicional, tem melhor correspondência com os danos às coisas e não é regra que o dano patrimonial será decorrente de um dano a um objeto, podendo decorrer também de um dano à pessoa, uma vez que nessa seara aplica-se a “Teoria do Reflexo”⁴⁶⁷, partindo-se não ato lesivo, mas da esfera jurídica em que a lesão reflete, podendo, inclusive refletir-se em mais de uma⁴⁶⁸.

Os danos patrimoniais durante muito tempo foram os únicos admitidos pelo Direito, até mesmo porque não havia se consolidado a tutela de outros interesses jurídicos, que não os patrimoniais. A tutela jurídica pela responsabilidade civil da lesão de bens não patrimoniais, como se viu, é reflexo dos contornos assumidos pelo instituto após a Revolução Industrial, especificamente, com superação de um Estado Liberal e com a própria reconstrução do sentido de “pessoa” para o Direito⁴⁶⁹.

⁴⁶³NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 590.

⁴⁶⁴MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p.155.

⁴⁶⁵NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 590.

⁴⁶⁶NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 608.

⁴⁶⁷NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 608.

⁴⁶⁸Nesse sentido é o ensinamento de Pontes de Miranda: “o valor do bem não é só o valor no comércio ou no tráfico. O que se há de verificar é se continua com valor ou se tem valor para a pessoa que dele é dono ou possuidor” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: direitos das obrigações, fatos ilícitos absolutos, responsabilidade, danos causados por animais, coisas animadas, Estado e servidores, profissionais**. Atualizado por Rui Stoco, São Paulo: RT, 2012. p. 264).

⁴⁶⁹Em texto clássico sobre o tema de danos à pessoa Judith Martins-Costa traça um paralelo entre os modelos de Estado e proteção aos danos à pessoa e, segundo a autora, foi a barbárie do século XX, somada às evoluções médicas que permitam um câmbio da noção de “indivíduo” para “pessoa humana” dotada do valor dignidade, essa modificação de perspectiva, na esfera do Direito, trouxe como inovação o Princípio da Dignidade Humana, que se encontra, atualmente, na base estruturante da ordem constitucional, como “valor fonte” que justifica a própria existência de um ordenamento jurídico (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito

Com a inversão do protagonismo na responsabilidade civil, que se transferiu do lesionante para o lesionado, a vítima não poderia mais ficar sem reparação e, com isso, o patrimônio ideal passou a ser destinatário de tutela⁴⁷⁰. Ainda no século passado, muitos dos diplomas civis, alguns destes escritos inclusive no século que o antecederam, demonstravam a resistência do legislador em reconhecer tais interesses jurídicos como dignos compensação.

Segundo Clóvis do Couto e Silva não se tratava apenas da dificuldade de estimar os danos não patrimoniais, que era reforçada pela regra lógica subjacente implantada e conservada pelo art. 944 do CCB, de que aquilo que não se pode medir não se pode indenizar⁴⁷¹, mas também da repugnância em se admitir que o pagamento de uma soma pudesse desfazer o prejuízo à honra de um indivíduo⁴⁷²⁻⁴⁷³.

Em que pese à resistência experimentada, os danos extrapatrimoniais foram reconhecidos pela jurisprudência⁴⁷⁴⁻⁴⁷⁵ ainda na égide do Código Civil de 1916, com fundamento, principalmente, nos artigos 1.553 e 159, daquele diploma, como aponta Clóvis do Couto e Silva⁴⁷⁶. Todavia, acrescenta o autor que a mencionada indenização somente era possível se a ofensa não originasse um dano patrimonial, demonstrando uma espécie de preterição do dano extrapatrimonial. Posteriormente, com a inclusão da Constituição Federal

brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 184-185).

⁴⁷⁰MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p.148-151.

⁴⁷¹MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p.148-151.

⁴⁷²COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 7.

⁴⁷³Acerca da alteração de posicionamento com relação ao dano extrapatrimonial, Maria Celina Bodin de Moraes ensina: “o que mudou neste caso foi exatamente a consciência coletiva acerca do conceito de justiça: o que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil mensurar dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re)compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito” (MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 147).

⁴⁷⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Extraordinário nº. 59.940. Responsabilidade civil. A morte de filhos menores, conforme as circunstâncias, comporta indenização. O problema resolve-se na liquidação e por arbitramento. Min. Rel. Aliomar Baleeiro. Julgamento em: 26.04.1966. Publicação no Diário de Justiça em: 26.04.1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157636>>. Acesso em: 08 out. 2018.

⁴⁷⁵Pontes de Miranda informa a existência de decisões reconhecendo o dano moral no Tribunal de Justiça de São Paulo ainda no ano de 1948, e do Tribunal de Apelação da Bahia em 1944 (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: direitos das obrigações, fatos ilícitos absolutos, responsabilidade, danos causados por animais, coisas animadas, Estado e servidores, profissionais**. Atualizado por Rui Stoco, São Paulo: RT, 2012. p. 299).

⁴⁷⁶COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 7-8.

(art. 5º, incisos V e X) da expressão “dano moral”, nomenclatura pela qual foram consagrados por influência francesa (*dommage moral*), com uso desta expressão por grande parte da doutrina⁴⁷⁷ e jurisprudência foi definitivamente consolidada⁴⁷⁸.

A conceituação de dano moral⁴⁷⁹ acabou sendo comumente realizada em uma perspectiva negativa⁴⁸⁰, partia-se da noção de patrimônio, de maneira que se entendia por dano moral quando este não correspondesse às características do dano patrimonial⁴⁸¹. Para alterar esse panorama, Yussef Said Cahali buscou inspiração no Direito italiano adotando-se, então a definição de Minozzi, segundo o qual o dano moral é aquele cujo conteúdo não é o dinheiro, nem uma coisa comercialmente reduzível em dinheiro, mas sim a dor, o terror, a emoção, a vergonha, o estrago físico ou moral, em geral, a sensação de dor provada pela pessoa, considerando-se dor em sentido amplo⁴⁸², consagrando o denominado *pretium dolis* (preço da dor).

Ocorre que essa noção, apesar de ter sido propagada, apresenta duas incongruências, a primeira delas é que se trata de uma definição embasada na concepção naturalística de dano e

⁴⁷⁷ Nesse sentido: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 7; DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 729; CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21; BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999. p. 277; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 271. Advertido da importância de diferenciar danos extrapatrimoniais dos danos morais: NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 593; MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 189; LEÓN, Luis Díez-Picazo y Ponce de. **Derecho de daños**. 1ª ed. 2ª tir. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. p. 324-329; AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 7ª ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 561.

⁴⁷⁸ Alguns céleres juristas se depararam com mencionada incorreção, e deram soluções não muito eficazes à ambiguidade, assim fez Clóvis de Couto e Silva que separou os danos à pessoa e a personalidade dos demais danos morais, embora continuasse a usar tal expressão como sinônima de dano extrapatrimonial (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 7). Outro exemplo é o de Miguel Reale, que tentou fazer uma distinção entre o dano moral objetivo, como aquele que atinge a imagem da pessoa e afeta seu convívio social, e dano moral subjetivo que atenta contra a subjetividade psíquica do ser (REALE, Miguel. O dano moral no Direito Brasileiro. In **Temas de Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 22-24). Parece mais correta a posição de Judith Martins-Costa, que adota a expressão danos extrapatrimoniais como sendo mais ampla, e como suas subespécies “os danos à pessoa, ou à personalidade, constituído pelos danos morais em sentido próprio (isto é os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade, psicofísica, inclusos os ‘danos ao projeto de vida’, e ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’, os danos à vida de relação, inclusive o ‘prejuízo da afeição’ e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 194).

⁴⁷⁹ Será utilizada essa expressão por ter sido consagrada na doutrina, apesar de concordar-se com as ponderações acerca da incorreção do termo.

⁴⁸⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. p. 21.

⁴⁸¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 729.

⁴⁸² MINOZZI, Alfredo. Studio sul danno patrimoniale (danno morale) *apud* CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. p. 21.

não jurídica, sendo assim é preciso trazê-la para o âmbito da “Teoria do Dano Abstrato” recuperando o conceito de dano já abordado (lesão a interesses juridicamente tutelados), mesmo para evitar decisões como a proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que fundamentou a não concessão de indenização à atriz por exposição de sua figura nua na capa de uma revista, por entender que “só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou revistas. As bonitas não”⁴⁸³. O mencionado acórdão foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁸⁴.

A segunda é a concepção de que há a impossibilidade de retornar ao *status quo ante* com a indenização dos danos morais, sendo assim, se obedeceria ao Princípio da Satisfação Compensatória, de maneira que o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado corresponde ao valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infringido ou uma compensação⁴⁸⁵. Com isso tem-se que a despatrimonialização, verificada na expansão de danos indenizáveis, não reflete no âmbito dos instrumentos de sua reparação, impedindo-se a possibilidade de reparação específica⁴⁸⁶⁻⁴⁸⁷ e, ainda, da reparação integral.

A ausência de novos instrumentos para reparação de danos morais é um problema a ser enfrentado com máxima urgência, pois se trata de solucionar um dos fatores que contribuem para o abarrotamento do judiciário, diante do que foi nomeado pela doutrina de

⁴⁸³BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (II Grupo de Câmaras Cíveis). Embargos infringentes. Processo nº. 1999.005.00250. Direito de imagem. Uso inconssentido. Direito à remuneração. Reconhecimento. Intenção de lucro. Inexistência. Irrelevância. Dano. Prova. Desnecessidade. Direito à indenização de dano moral. Inexistência. O uso inconssentido de imagem de pessoa fotografada não é gratuito. O reconhecimento do direito à remuneração pelo uso da imagem de pessoa fotografada não depende de prova do dano nem da intenção de lucro. Ao valor dessa remuneração não deve ser acrescentada verba a título de indenização de dano moral, se o uso inconssentido da imagem não acarretou para a pessoa fotografada dor, tristeza, magoa, sofrimento, vexame, humilhação, tendo-lhe proporcionado, ao revés, alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exultação e felicidade. Des. Rel. Wilson Marques. Julgamento em: 29.09.1999. Publicação no Diário de Justiça: não informada. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=117549&PageSeq=0>>, acesso em: 09 out. 2018.

⁴⁸⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 270730/RJ. Recurso Especial. Direito Processual Civil e Direito Civil. Publicação no Diário de Justiça não autorizada de foto integrante de ensaio fotográfico contratado com revista especializada. Dano moral. Configuração (...). Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito. Min. Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi. Julgamento em: 19.12.2000. Publicação no Diário de Justiça: 07.05.2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000783994&dt_publicacao=07/05/2001>, acesso em: 09 out. 2018.

⁴⁸⁵GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 272.

⁴⁸⁶SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 194.

⁴⁸⁷Nesse sentido é a colocação de José de Aguiar Dias: “Não há dúvida, porém, que a maior dificuldade do dano moral é precisamente o fato de não encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial. O dano moral nunca é irreparável (...). Com os danos não patrimoniais, todas as dificuldades se acumulam, dada a divergência dos prejuízos que envolvem e que de comum só tem a característica negativa de não serem patrimoniais. Essa diversidade, pois, assinala um dos pontos de distinção entre esses danos e os danos patrimoniais, que têm caráter homogêneo, e impõe a maior variedade nos meios de reparação, acontecendo, mesmo, que, às vezes, nem se apresente modo de fazê-lo (DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 730).

“indústria do dano moral”, isso é o crescimento exponencial de demandas judiciais⁴⁸⁸ requerendo indenizações a título de dano extrapatrimonial, imitando o modelo de produção *fordista*.

Por certo que esse crescimento exponencial é reflexo de uma expansão qualitativa e quantitativa de bens jurídicos extrapatrimoniais sujeitos à tutela pela responsabilidade civil, que tende a ser um movimento perpétuo uma vez que o ordenamento jurídico é adepto de um modelo atípico. Logo, é coerente a afirmação de Anderson Schreiber⁴⁸⁹ de que os desafios que se impõe hoje aos juristas brasileiros é definir métodos que permitam aferir quais bens devem ser merecedores da tutela jurídica, sabendo-se da importância dos Tribunais e na necessidade de evitar o seu arbítrio.

No âmbito da responsabilidade civil do Estado, se trataria de impor ao Estado medidas que pudessem neutralizar os efeitos psicológicos sofridos, como, por exemplo, a publicação de notícias e retratações em *sítios* oficiais do Estado para desfazer efeitos da ofensa.

2.1.1.3 Natureza individual ou coletiva

A coletivização dos danos, como foi visto no item 1.2, é resultado dos desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil e dos contornos por ela assumidos no período que sucede à revolução industrial e, especialmente que adentra na chamada sociedade massificada e, ainda, na sociedade de riscos. Como o fenômeno já foi abordado no âmbito do presente estudo, não é necessário ampliar excessivamente seu tratamento neste momento.

O direito individual caracteriza-se por referir-se a um objeto de direito individualizado na pessoa de seu titular⁴⁹⁰⁻⁴⁹¹, diante disso o dano individual é aquele que afeta o bem jurídico

⁴⁸⁸SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p.192.

⁴⁸⁹SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p.108.

⁴⁹⁰JEVEAUX, Giovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 35.

⁴⁹¹Conforme ensina o Professor Giovany Jeveaux a concepção de direito individuais foi cunhada sob a ótica iluminista-liberal do século XVIII, assim, no tempo em que foram concebidos eram considerados individuais por que: “a) o indivíduo, enquanto pessoa humana, era o centro das ocupações filosóficas; b) ele é que era o fator de produção de riquezas, com seu trabalho; c) a sociedade urbana era incipiente ainda não era numericamente elevada, ou seja, não era uma sociedade de massa, com reivindicações de grupos; d) os grupos então existentes, as corporações de ofício, foram extintas na Revolução Francesa, por ameaça ao liberalismo econômico, à concorrência e à liberdade de preços; e) os conceitos jurídicos herdados da antiguidade romana desconheciam outras categorias de direitos que não os individuais” (JEVEAUX, Giovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 35).

de uma pessoa, certa e determinada, seja com relação à sua integridade ou às coisas que compõe o seu patrimônio⁴⁹².

Os danos transindividuais ou coletivos *lato sensu*, por sua vez, atentam contra bens jurídicos titularizados não por um indivíduo, mas por uma coletividade (determinada ou determinável). Atualmente, no Direito brasileiro entende-se existir três espécies de direitos coletivos: difusos, coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos⁴⁹³, e seriam também essas as dimensões dos danos transindividuais.

O Código do Consumidor, visando suprimir conflitos acerca da conceituação do mencionados direitos, definiu-os em seu artigo 81. Assim, tem-se que: I) são interesses ou direitos difusos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II) são interesses ou direitos coletivos, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e III) são interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Tratar dos direitos transindividuais, especialmente sob a ótica do Estado, necessita tangenciar sua relação com o interesse público.

⁴⁹²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 596.

⁴⁹³Há na doutrina brasileira uma distinção entre direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos, pois se acredita que apenas os dois primeiros seriam verdadeiramente direitos de índole coletiva, enquanto o segundo seria na verdade “direitos individuais coletivamente tratados”. A propósito, conferir: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: RT, 2006. p. 42; WATANABE, Kazuo. **Comentário aos arts. 81 a 90 do CDC**. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 623. Na jurisprudência: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário nº. 631.111/GO. Constitucional. Processual civil. Ministério público. Legitimidade. Ação civil pública. Defesa de interesses de beneficiários do chamado “seguro DPVAT”. Presença da repercussão geral da questão constitucional discutida (...). Rel. Min. Ayres de Britto. Julgamento em: 30.04.2012. Publicação no Diário de Justiça em: 02.05.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955344>>. Acesso em: 09 out. 2018. Em sentido contrário: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10ª ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 75-77; DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual, doutrina e jurisprudência do STF. **Revista Jurídica**. São Paulo, v.47, n. 260, p.5-25, jun. 1999. p. 24. Na jurisprudência: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário nº. 163.231/SP. Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do ministério público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do *Parquet* para discuti-las em juízo (...). Rel. Min. Maurício Correa. Julgamento em: 26.02.1997. Publicação no Diário de Justiça em: 21.06.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>>. Acesso em: 09 out. 2018.

O conceito de interesse público é extremamente relevante para atuação do Estado de maneira que “qualquer ato administrativo que dele se desencontre será necessariamente inválido”⁴⁹⁴.

Ademais, encontra-se atrelado à própria concepção de Estado. A transposição de um Estado Liberal para o Estado Social fez com que o abismo que separa a esfera pública da privada se reduzisse e o Estado foi chamado para atuar de forma mais expressiva e não mais puramente residual na vida dos particulares⁴⁹⁵.

Nesse contexto, tornou-se latente a demanda do Estado pelo atendimento dos interesses da sociedade, esse interesse resultante do “conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁹⁶ chama de interesse público, especificamente, interesse público primário⁴⁹⁷.

Ocorre que, como bem anuncia Marcelo Abelha Rodrigues,⁴⁹⁸ como resultado de um pluralismo político, coexistem dispersos na sociedade vários interesses distintos o que torna inviável a formulação de um conceito genérico de interesse público. Diante disso, a ideia de um interesse público geral e abstrato é complementada pela noção de que o seu conteúdo deverá ser definido em cada caso concreto.

⁴⁹⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 58.

⁴⁹⁵Explica Marcelo Abelha Rodrigues que “O conflito existente na descoberta de qual seria o conteúdo concreto do interesse público, segundo pensamos, deve ser visto também, pela mudança do papel do Estado no pós-guerra (superação do Estado liberal), pelo fato de que atualmente, num Estado democrático de direito, o referido ente possui o dever de prestar (facere – obrigação positiva) aos cidadãos os direitos “sociais” de modo concreto, permitindo entregando, realisticamente, qualidade de vida aos membros que representa. Se, antes, o interesse público limitava-se a ser um coadjuvante da liberdade individual, assegurando a sua plenitude, hoje a regra é bem diferente e o papel principal assumido pelo Estado não é omissivo (obrigação negativa), senão, pelo contrário, o de dever dar aos cidadãos os direitos sociais que possuem. Isso significa atender, primariamente, o interesse público e ao modelo democrático de que todo poder emana do povo” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 63-64).

⁴⁹⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 61.

⁴⁹⁷Ao lado dos interesses públicos genuínos (ou primários) coabitam os interesses públicos secundários, que se tratam dos interesses do Estado enquanto pessoa jurídica, e integrante do universo jurídico que lhe são particulares. Os interesses individuais do Estado são similares ao das demais pessoas jurídicas, no entanto, encontram restrição nos interesses primários, afinal, foi para concebê-los que o Estado foi criado, de maneira que não poderá sobrepô-los para atingir fins privados. Logo, não são interesses públicos propriamente ditos, no entanto, como a atuação do Estado não pode ter outro fim, que não público, chama-se tais interesses de secundários ou instrumentais, haja vista funcionarem como instrumentos para o Estado alcance seu fim precípua. Assim, quando se referir a interesse público, sem classificar como secundário, se está referenciando o interesse público dito primário.

⁴⁹⁸RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 63-66.

Nesse contexto, os direitos difusos são considerados uma espécie do gênero interesse público defendido pelo Estado no caso concreto⁴⁹⁹. Na efetivação desses direitos é possível que se observe um “choque” entre direitos difusos, situação em que caberá ao Estado eleger este ou aquele, seguindo os mandamentos constitucionais⁵⁰⁰, em algumas situações caberá ao Poder Judiciário dizer quais desses é verdadeiramente interesse público⁵⁰¹.

No âmbito específico da responsabilidade civil do Estado é preciso ter em mente que a mudança da postura estatal, de uma atuação omissiva para comissiva, impôs ao Estado o dever de concretizar esses direitos difusos. Diante disso, surgem duas hipóteses: os danos pela não concretização, ou seja, pela omissão do Estado ou, ainda, os danos que surgem quando em determinadas situações, na expectativa efetivá-los, ocasionar lesão a outros direitos de índole coletiva, como por exemplo, uma comunidade que sofre dano anormal com uma obra realizada pelo Estado ou individual, como um agente público que é processado por improbidade administrativa e, posteriormente, a sentença o absolve. Nesses casos, como já

⁴⁹⁹Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ao tratar sobre a relação entre direitos coletivos e interesse público são mais abrangentes e afirma: “Os direitos coletivos *lato sensu* são direitos de interesse público primário quer em razão da dimensão do ilícito ou dano, quer em razão dos valores atrelados aos bens jurídicos tutelados ou do número de pessoas atingidas, extensão do grupo atingido. Quando falamos em interesse público primário falamos também de determinados interesses individuais especialmente tutelados como direitos fundamentais do cidadão. Essa perspectiva ampla inclui os direitos coletivos *lato sensu* e também direitos individuais indisponíveis caracterizados como interesses de ordem social e pública pela legislação ou pela Constituição”. Nesse sentido, argumentam os autores: “A tese de que determinados direitos individuais devem ser compreendidos como direitos de interesse público foi defendida na doutrina e acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, ‘já temos defendido que a tônica da intervenção do Ministério Público consiste na indisponibilidade do interesse. Hoje vamos mais além. A par dos casos em que haja indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, será também exigível a atuação do Ministério Público se a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convier a coletividade como um todo. [...] Num sentido *lato*, portanto, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é acometido ao MP’ (STF, RE 248.869/SP, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07.08.2003)” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10ª ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 38).

⁵⁰⁰RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 60-61.

⁵⁰¹Como exemplo, explica Marcelo Abelha Rodrigues: “Prova disso pode se fazer com o art. 6º, §3º, da Lei da Ação Popular (Lei nº. 4.717/65) e art. 17, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/94). Como essas duas normas visam à proteção do patrimônio público, é obrigatória a citação do ente político correspondente (União, Estado ou Município). Embota citado, poderá aderir ao pólo ativo como litisconsorte do autor ou atuar na condição de réu. Ora, se a decisão de aderir ao pólo ativo ou passivo é motivada pelo interesse público. Trata-se de uma decisão que se manifesta inexoravelmente em qual pólo atuar. Quando atua com réu, por exemplo, contestando uma ação popular ajuizada para anular ato lesivo ao patrimônio público, é porque adota a posição de que o ato não foi lesivo e que o interesse público está no ato que foi objeto da demanda popular. Em última análise, quem determinará onde se encontra o interesse público é o Poder Judiciário, se considerar existente ou não a lesividade mencionada. A posição do juiz, certamente, poderá ser em favor do autor popular (interesse público), contrariando a expectativa do ente político de que estaria defendendo o interesse público. A pergunta que poderia ser feita é a seguinte: que interesse então teria defendido o ente político? Interesse “privado – secundário” ou interesse de uma comunidade menos extensa do que a tutelada pelo judiciário?” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 66).

dito em outra oportunidade [item 1.2.2], não cabe ao Estado eximir-se de sua responsabilidade sob a justificativa de concretização de um direito difuso.

2.1.1.4 Resultante de ato ou fato antijurídico

A colocação do dano como resultado de um ato ou fato antijurídico é importante para afastar uma ideia presente no Direito Civil tradicional em que se confundia o dano ressarcível com a ilicitude do ato, ante a ambiguidade do termo romano *iniuria*⁵⁰²⁻⁵⁰³. Assim, tal acepção de dano indenizável é contrária à sedimentada concepção de que apenas danos causados por atos ilícitos eram passíveis de indenização, uma vez que análise pela perspectiva da antijuridicidade amplia o rol de danos indenizáveis, para atingir, também, aqueles decorrentes de condutas que, apesar de lícitas, são antijurídicas.

Orlando Gomes⁵⁰⁴, ao seu tempo, entendeu que a antijuridicidade é a desconformidade entre o ato e a norma que poderá ser subjetiva ou objetiva. A antijuridicidade objetiva decorre de fato jurídico *stricto sensu* ou atos jurídicos que, embora causadores de dano, não resultem de culpa do agente. Por sua vez, a antijuridicidade subjetiva decorre de ato imputável ao agente podendo configurar-se como a desobediência às exigências estabelecidas na lei para a validade de um ato, tendo por consequência sua nulidade ou, ainda, a violação de um direito subjetivo, com resultado dano, incumbindo-se ao agente o dever de reparação, pois neste caso há ato ilícito⁵⁰⁵.

⁵⁰² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 158.

⁵⁰³ A ambiguidade referente ao termo “*iniuria*” é explicada por Caio Mário: “Por diversos meios a lei menciona os comportamento antijurídicos – *iniuria*. Pode impor sanção penal, quando a conduta fere os interesses da sociedade: o direito penal arrola os atos atentatórios da ordem jurídica social, independentemente de como ofendem um bem jurídico da vítima, e estabelece as respectivas punições. Pode a ordem jurídica prescindir da responsabilidade criminal, contentando-se com a consideração se o fato humano lesa um interesse individual. Dá-se, então, a responsabilidade civil. E pode, ainda, cogitar de que o comportamento lesivo rompe o equilíbrio social e simultaneamente ofende um bem jurídico individual, ocorrendo a responsabilidade criminal associada à responsabilidade civil” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 37).

⁵⁰⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 253-254.

⁵⁰⁵ Vale a transcrição: “Situação diferente apresenta-se quando, de ato infringente de norma jurídica, resulta dano a outra pessoa. A violação implica, nesse caso, lesão a um direito subjetivo, provocando reação diferente. Quem causou dano fica obrigado a repará-lo, se capaz de entender e querer. Esse é o domínio da ilicitude, um dos aspectos mais importantes da antijuridicidade. Chama-se ato ilícito o praticado nessas condições” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 253).

Diante disso, tem-se que para o renomado civilista o ato ilícito civil exige para sua configuração a culpa, não podendo confundi-lo com o dever de indenizar, tratando-se esse de sua consequência⁵⁰⁶.

Nesse contexto, a definição de ato ilícito seria “ação ou omissão culposa, pela qual, lesando alguém, direito absoluto de outrem ou determinados interesses especialmente protegidos, fica obrigado a reparar dano causado”⁵⁰⁷, restando claro que na perspectiva do autor “sem culpa, não há ato ilícito”.

Ocorre que esse entendimento, tem por imediata consequência a conclusão de que a responsabilidade sem culpa seria sempre decorrente de ato lícito, o que não é condizente com a realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade a responsabilidade civil objetiva por atos lícitos é excepcional⁵⁰⁸, ressaltando-se, todavia, que é irrelevante para a responsabilização do Estado análise da ilicitude, conforme já abordado no item 2.1. A resposta deve, portanto, ser outra.

De outro lado, também partindo da premissa de que todo ato ilícito é um ato antijurídico, embora nem todo ato antijurídico seja um ato ilícito, Fernando Noronha entende por antijuridicidade a contradição com ordenamento, independentemente de qualquer juízo de censura⁵⁰⁹. E, diferentemente de Orlando Gomes, segundo o autor catarinense, a antijuridicidade é um dos elementos presentes no ato ilícito civil, complementado pela culpabilidade (dolo ou culpa), conforme observável na redação do artigo 186 do Código Civil.

A partir de tal raciocínio apresenta duas acepções de ato ilícito: uma estrita (ou ilicitude subjetiva) em que a antijuridicidade é considerada elemento necessário, todavia, não suficiente, exigindo-se a culpa e uma ampla (ou ilicitude objetiva), onde o ato ilícito é identificável com ato antijurídico, cujo conceito é atuação contrária a uma norma jurídica⁵¹⁰-
511.

Fernando Noronha avança, ainda mais, quando cria uma nova categoria: os “atos justificados”⁵¹². Segundo o autor, esses seriam atos lesivos que têm a antijuridicidade anulada

⁵⁰⁶GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 256-257.

⁵⁰⁷GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 257.

⁵⁰⁸FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 9.

⁵⁰⁹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 388.

⁵¹⁰NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 382-387.

⁵¹¹Outros renomados juristas seguem a mesma linha de raciocínio, apesar de utilizar denominações pouco diferentes, é o que se poder dizer de Sérgio Cavalieri Filho (FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 11-14); Anderson Schreiber (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 159). Não faz essa diferenciação; AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p. 552/553.

⁵¹²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 395-396.

por força de norma jurídica que extingue a obrigação de indenizar, *prima facie*, podendo, contudo, haver o dever de reparação se a lesão atingir bem jurídico de terceiro, pois em relação a esse o ato mantém resquícios de antijuridicidade⁵¹³.

Da análise da criação doutrinária de Fernando Noronha é possível verificar que a antijuridicidade de um ato (ou fato) é decorrência de uma norma, de maneira que não é um ato (ou fato) immanentemente jurídico ou antijurídico, pois como elemento pertencente a uma classe, submete-se a um conceito agrupador, que na verdade corresponde à condição que deve preencher para pertencer à classe⁵¹⁴, para os atos (ou fatos) antijurídicos, o critério é a determinação de uma norma.

Nesse sentido, Francisco Vieira Lima Neto⁵¹⁵, ao analisar criticamente a posição doutrinária de Fernando Noronha, aduz que o jurista tentou “transformar o caos em cosmos (ordem)”, pois os atos humanos não são juridicamente reprováveis porque são injustos, ilícitos ou antijurídicos, mas o são porque assim uma norma jurídica determinou ou traçou os critérios para sua conformação, se o ordenamento jurídico adotou uma cláusula geral, são irrelevantes os fundamentos para sua elegibilidade.

No âmbito da responsabilidade civil o mote para configuração da antijuridicidade de um ato (ou fato) é o dano injusto⁵¹⁶⁻⁵¹⁷, desta maneira se pode concluir que independentemente da presença de culpa do agente, o ato capaz de causar um dano *in abstracto*, cuja norma determinada estabelece que deva ser indenizado, sendo, portanto, reputado como injusto, é contrário ao Direito, logo, antijurídico. Todavia, se gera um dano não indenizável *in abstracto*, é ato (ou fato) lícito.

Verifica-se, assim, uma verdadeira alteração de perspectiva, pois não é o dano que decorre de um ato (ou fato) antijurídico e sim determinado ato (ou fato) que é antijurídico

⁵¹³NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 396.

⁵¹⁴GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M., GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. 10ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1993. p. 39.

⁵¹⁵LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – Crítica à luz do Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 29, p. 103-146, 1990. p. 137-139.

⁵¹⁶O dano injusto será objeto de estudo no item 2.1.2.1.

⁵¹⁷Em sentido similar, ensina Humberto Theodoro Jr., em quem se inspirou: "O direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o Estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A *ilicitude* ocorre quando *in concreto* a pessoa se comporta fora desses padrões. Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos (atos do homem atritantes com a lei). Há, porém, uma ideia mais restrita de *ato ilícito*, que se prende, de um lado ao comportamento injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, de *ato ilícito* em sentido estrito, ou simplesmente *ato ilícito*, como se faz no art. 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto, a *ilicitude* não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no dano injusto a que o agente fez a vítima se submeter" (THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III**. t.II. v III. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 18),

porque dele pode resultar dano injusto. A antijuridicidade, segundo Francisco Vieira Lima Neto, é, portanto, um gênero que alberga duas espécies de atos, o ilícito, com fundamento na culpa (art. 186 do CC/02) e o lícito causador de dano injusto.

A concepção de antijuridicidade do jurista capixaba pode ser complementada se conciliada com a divisão de ilicitude desenhada por Fernando Noronha em ilicitude objetiva e subjetiva, para acrescentar os atos ilícitos decorrentes do art. 927, parágrafo único do Código Civil e os fatos antijurídicos *stricto sensu*, pois também podem originar dano injusto, como é o caso da avulsão, do art. 1251 do CC/02.

Assim, tem-se que o dano injusto atribui antijuridicidade aos fatos jurídicos *lato sensu*, podendo ocorrer responsabilidade civil por fato antijurídico *stricto sensu*, ato ilícito com fundamento na culpa (art. 186, CC/02), no e demais fatores de atribuição objetivos risco (art. 927, parágrafo único, CC/02 e art. 37, §6º do Código Civil) ⁵¹⁸ ou no abuso de direito (art. 187, CC/02) e, ainda, no ato lícito causador de dano injusto (ou ato justificado).

Ressalta-se, por fim, que não necessariamente todo ato (ou fato) antijurídico dará azo a um dano *in concreto*, pode ocorrer a conduta sem que o resultado dano necessariamente ocorra, pois o dano injusto é o pressuposto para antijuridicidade não seu elemento. Assim, por exemplo, comete ato antijurídico quem não respeita o sinal de trânsito, no entanto se este não atropelar um pedestre ou colidir com outro carro causando prejuízo material, haverá ato ilícito sem, contudo, existir o dever de indenizar, pois para tanto o art. 186 estabelece a necessidade de haver dano *in concreto*.

2.1.1.5 Violação de qualquer valor inerente a pessoa humana ou atingir coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelado

Os danos podem atingir bens de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, levando em consideração o critério de economicidade, como já se estudou, entretanto, não é somente sob o aspecto econômico que o bem pode ser analisado. Considerando que os bens podem ser coisas corpóreas ou incorpóreas do mundo externo ou, ainda, qualidades internas das pessoas seja no aspecto biológico, espiritual ou afetivo ⁵¹⁹, tem-se uma nova classificação de danos: os que engendram a violação de valor inerente à pessoa humana, seja em seu aspecto físico ou

⁵¹⁸No mesmo sentido é a ressalva de Sérgio Cavalieri Filho (FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 12).

⁵¹⁹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 580.

anímico, são considerados danos pessoais, de outro lado, se atingem coisas do mundo externo, juridicamente tuteladas, são denominados danos às coisas⁵²⁰.

O dano às coisas, pela própria confusão com o dano patrimonial, foram os primeiros a ter o reconhecimento jurídico, com expressa regulação pelo Direito Romano⁵²¹ na fase pré-moderna da responsabilidade civil. A regulação pela *Lex Aquília* assumiu a concepção de dano ligada com uma atuação física sobre a coisa que causava sua deterioração, posteriormente avançou-se para admitir que o dano pudesse ocorrer ainda que não houvesse deterioração ou perda da coisa, desde que comprometesse sua utilidade juridicamente protegida⁵²².

Destaca-se, também, que a cultura jurídica romana de tutela às coisas considerava-as no modo mais completo, abarcando o somente o valor da coisa deteriorada em si, mas também os ganhos ou outros benefícios patrimoniais perdidos. Ao primeiro denominava-se dano emergente e aos segundos lucros cessantes, espécies ainda remanescentes⁵²³⁻⁵²⁴.

O tratamento dos danos às coisas teve uma relativa estabilidade temporal, mas é certo que na medida em que a sociedade ampliava seus horizontes acresceram-se o rol dos bens

⁵²⁰NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 581.

⁵²¹D. 9, 2, 27, 5: “Relativamente às demais coisas, exceto o escravo e as reses que tenham sido mortos, se alguém causar dano a outro, porque tenha queimado ou estragado alguma coisa injustamente, será condenado a pagar o dono tanto quanto aquela coisa valeria nos trinta dias seguintes” (SCHIPANI, Sandro. *Derecho romano y unificación del derecho: experiencia europea y latino americana* *apud* SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21).

⁵²²SCHIPANI, Sandro. Reler os Digestos: contribuições romanísticas ao sistema da responsabilidade extracontratual. Trad. Solange Guida. In SCHIPANI, Sandro; ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos (coord.). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 507-508. Disponível em:

https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13840/Sistema_juridico_romanistico_e_subsystema_juridico_latino-americano.pdf. Acesso em: 11 out. 2018.

⁵²³SCHIPANI, Sandro. Reler os Digestos: contribuições romanísticas ao sistema da responsabilidade extracontratual. Trad. Solange Guida. In SCHIPANI, Sandro; ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos (coord.). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 507. Disponível em:

https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13840/Sistema_juridico_romanistico_e_subsystema_juridico_latino-americano.pdf. Acesso em: 11 out. 2018.

⁵²⁴Para demonstrar a referida interpretação Sandro Schipani remete o leitor aos seguintes casos específicos, tutelados pelo Digesto Romano: a diminuição do valor dos outros cavalos de uma quadriga pela morte de um deles, prevista no D. 9,2,22,1; a perda de um direito em consequência da morte daquele que poderia ter adquirido tal direito ao patrimônio do pai de família, verificada no D. 9,2,51,2, ou, em consequência da destruição de provas ou de um documento, com previsão no D. 9,2,23,4 e D. 9,2,41 (SCHIPANI, Sandro. Reler os Digestos: contribuições romanísticas ao sistema da responsabilidade extracontratual. Trad. Solange Guida. In SCHIPANI, Sandro; ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos (coord.). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 507. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13840/Sistema_juridico_romanistico_e_subsystema_juridico_latino-americano.pdf. Acesso em: 11 out. 2018.

juridicamente protegidos, expandindo-se, também, para abarcar os incorpóreos, como é o caso da violação de propriedade intelectual.

Os danos à coisa foram os primogênitos no âmbito da responsabilidade civil, até mesmo por intentar-se desvincular da responsabilidade penal, pensava-se que o dano à pessoa estava naquela seara. Apesar disso, segundo Sandro Schipani⁵²⁵, o Direito Romano teria experimentado um estágio embrionário de tutela aos danos à pessoa, pois partindo da noção do escravo como sendo “coisa”, passou-se a indenizar sua perda ou deterioração e as despesas para sanar o dano, neste caso, como se observa não se tratava de dano à pessoa, mas à coisa. Ocorre que, posteriormente, houve ampliação para abranger o ferimento às pessoas livres e juridicamente autônomas, no entanto, como acrescenta o autor, não há comprovação pelas fontes colhidas⁵²⁶.

O surgimento da tutela aos danos à pessoa decorre da mudança de paradigma sofrida pelo Direito Privado com a inserção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana⁵²⁷⁻⁵²⁸, na era pós-industrial, pois conforme aponta Judith Martins-Costa, a definição de dano à pessoa

⁵²⁵SCHIPANI, Sandro. Reler os Digestos: contribuições romanísticas ao sistema da responsabilidade extracontratual. Trad. Solange Guida. In SCHIPANI, Sandro; ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos (coord.). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 507. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13840/Sistema_juridico_romanistico_e_subsystem_a_juridico_latino-americano.pdf. Acesso em: 11 out. 2018.

⁵²⁶SCHIPANI, Sandro. Reler os Digestos: contribuições romanísticas ao sistema da responsabilidade extracontratual. Trad. Solange Guida. In SCHIPANI, Sandro; ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos (coord.). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 523. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13840/Sistema_juridico_romanistico_e_subsystem_a_juridico_latino-americano.pdf. Acesso em: 11 out. 2018.

⁵²⁷No mesmo sentido Carlos Alberto Gherzi ensina que “En suma, la consolidación de los derechos personalísimos incluso a nivel de algunas constituciones provinciales, es una jerarquización de la dignidad del ser humano, no como esfera de imputación, sino como repuesta ética de la sociedad” (GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 70). Essa concepção parece amoldar-se perfeitamente ao que ensina Maria Celina Bodin de Moraes quando aborda a mudança de concepção sofrida pela responsabilidade civil, segundo a autora “as controvérsias no direito da responsabilidade civil têm essa marcante característica: antes de serem técnicas, elas são decorrentes de diversas concepções acerca do princípio de responsabilidade, princípio estrutural da vida em sociedade e que, como tantas vezes repetido, se consubstancia em conceito mais filosófico-político do que jurídico. O princípio decorre diretamente da ideia de justiça que tem a sociedade na qual incide” (MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 147).

⁵²⁸É irretocável a explanação de Judith Martins-Costa acerca do conceito de Dignidade da Pessoa Humana e das suas implicações para o Direito: “Por isso é que, mais que uma ‘vazia expressão’, como poderiam pensar os que estão ainda aferrados à concepção legalista estrita do ordenamento jurídico, a afirmação do princípio, que nos mais diferentes países têm sido visto como estruturante da ordem constitucional – apontando-lhe inclusive um valor ‘refundante’ da inteira disciplina privada – significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e m (por sua humanidade), constitui o valor fonte que anima e justifica a própria existência do ordenamento jurídico” (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 185).

está intimamente relacionada ao próprio significado do vocábulo perante o ordenamento jurídico⁵²⁹.

Não é que não existisse nenhuma tutela à pessoa no âmbito da responsabilidade civil, o Código Civil de 1916, por exemplo, apresentava um escasso rol casuístico de danos à pessoa, a saber: a indenização em caso de homicídio, com previsão no art. 1537; por ofensas à saúde ou à integridade física, previstas no art. 1538; decorrente de injúria e calúnia, determinada no art. 1547; pela desonra sexual da mulher e demais casos de violência sexual, previstos, respectivamente, nos art. 1548 e 1549 e por ofensa à liberdade, nos termos do art. 1550⁵³⁰. No mesmo sentido, o Código Civil italiano no art. 2059⁵³¹ previa a reparação de danos não-econômicos decorrentes dos ilícitos e o BGB alemão a indenização pelo homicídio (§844), bem como a lesão ou privação da liberdade (§845)⁵³²

É possível, todavia, se afirmar que danos pessoais têm sido a tônica da responsabilidade civil na sociedade de risco, vez que a hiperindustrialização, apesar de ter facilitado a comunicação, empregado comodidade e alguns anos de vida a mais aos homens, teve um alto custo: foi dada a largada da era do medo⁵³³, da incerteza e, sobretudo, dos riscos.

Destarte, se observou a renovação do instituto para abarcar a tutela de outros interesses jurídicos inerentes à pessoa, tais como a vida privada, a intimidade, a dor psicológica, as expectativas de vida e projetos existenciais, a imagem social e a auto-estima, as criações intelectuais no aspecto não patrimonial⁵³⁴, os danos à estrutura física-biológica, estendendo-se inclusive sobre o patrimônio biogenético etc., sendo uma categoria em expansão.

O constantemente em alargamento a projeção a própria noção que encampa o dano à pessoa, abrangendo qualquer aspecto do ser humano considerado na sua integralidade psicossomática e existencial⁵³⁵, é em razão disso que não é possível traçar com especificidade o conjunto de bens protegidos com esteio na responsabilidade civil sob a classe dos danos à

⁵²⁹MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 183-185.

⁵³⁰COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 6-7.

⁵³¹SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 109.

⁵³²SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202.

⁵³³BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2008. p. 9.

⁵³⁴MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 187.

⁵³⁵MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 187.

pessoa. Ademais, é reflexo do modelo adotado pelo Brasil para delinear os danos indenizáveis, um modelo aberto ou, ainda, atípico.

O Código Civil de 2002, diferentemente de seu antecessor que adotava um Sistema Misto⁵³⁶, optou por um modelo aberto, caminhando lado a lado a tipificação das principais parcelas indenizatórias com a cláusula geral dos artigos 186 e 927 e, no campo específico dos danos à pessoa, do art. 948, *caput*, *in fine*⁵³⁷.

A adoção de uma sistemática aberta permite o resfriamento do Direito⁵³⁸ pela inovação da jurisprudência e doutrina. No caso específico da responsabilidade civil por dano à pessoa, Judith Martins-Costa⁵³⁹ é enfática ao dizer que a criação jurisprudencial é responsável pelo surgimento de novas *fattispecies*, uma vez que o dever não existe antes da lesão, de maneira que a avaliação *in concreto* pelos juízes toma total relevância para determinar o comportamento que deveria ter seguido o autor do dano, fazendo consagrar-se o Princípio da Reparação Integral do Dano.

A par disso, Fernando Noronha classifica os danos à pessoa de forma bipartida, a primeira categoria seria a dos danos corporais, à saúde ou biológicos, enquanto a segunda seria dos danos anímicos ou morais em sentido estrito, nas palavras do autor “os primeiros se referem ao corpo humano, enquanto os segundos são relativos à alma”⁵⁴⁰.

⁵³⁶Os sistemas de reparação do dano podem ser típico ou fechados, se a opção do legislador for por traçar nas leis os principais eventos danosos e dos efeitos deles decorrentes, ainda que seja estabelecido um conceito geral de ato ilícito, é o caso do BGB Alemão e do Código Civil Português, de outro lado, são considerados atípicos ou abertos o ordenamento jurídico que opta por estatuir apenas cláusulas gerais de responsabilidade civil, permitindo que a doutrina e jurisprudência se encarreguem de fixar as regras específicas para reparação dos danos e o rol de danos indenizáveis, é o caso das codificações da França e da Itália. O Código Civil de 2002 é considerado um modelo misto porque ao mesmo tempo em que estabelece de forma típica as principais parcelas indenizatórias, permite, que a doutrina e a jurisprudência, a partir do Princípio da Reparação Integral, estabeleçam outros danos indenizáveis ou normas para sua reparação (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p.192-206).

⁵³⁷SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 206.

⁵³⁸Segundo Judith Martins-Costa as cláusulas gerais “constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *Standards*, máxima de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento jurídico” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000. p. 165).

⁵³⁹MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 195.

⁵⁴⁰NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 584.

O dano biológico, o dano à saúde e, até mesmo, o dano à pessoa⁵⁴¹ são expressões que foram cunhadas do Direito Italiano⁵⁴², por necessidade de tutelar os bens jurídicos que estavam à margem do Direito em decorrência da adoção de um sistema fechado que pelo art. 2059 do Código Civil condicionou a reparação dos danos não-patrimoniais aos casos previstos em lei e, conseqüentemente, às hipóteses de crimes⁵⁴³.

O dano biológico⁵⁴⁴ (*danno biologico*) foi uma criação jurisprudencial⁵⁴⁵ e surgiu como uma via para a reparação às vítimas de lesões à saúde, que não pudessem ser vistas pelo espectro patrimonial da redução da capacidade de trabalho⁵⁴⁶, representando, segundo Gianluigi Morlini, “uma verdadeira e real reviravolta dogmática” com o reconhecimento de sua autonomia em relação aos danos extrapatrimoniais⁵⁴⁷.

Conforme disposto no art. 5º, §3º, da Lei 57/2001⁵⁴⁸ o dano biológico dever ser entendido como o dano à integridade psicofísica da pessoa, suscetível de avaliação médico-legal, indenizável, independentemente de seu impacto na capacidade de produção de renda da pessoa lesada. Como se observa, o dano biológico conservava um caráter médico-legal que muitas vezes deixava apartado o dano psíquico, diante disso há o surgimento do dano à saúde (*danno alla salute*), mais amplo, justamente pela noção de saúde como “um estado de

⁵⁴¹ A expressão *Il danno alla persona* é atribuída a Guido Gentile, tendo sido cunhada pelo autor na análise desenvolvida na *Enciclopedia del diritto* (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 197).

⁵⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 188.

⁵⁴³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 108-109.

⁵⁴⁴ Segundo Fernando Noronha essa nomenclatura, apesar de já consagrada em âmbito internacional, é imprópria, uma vez que a biologia é o estudo dos seres vivos e das leis da vida, de maneira que seria mais fidedigno se prestasse à designar os danos causado à outros seres vivos que não o homem, ainda que esses só sejam juridicamente relevantes na medida em que repercute sobre a qualidade de vida do homem ou sobre seus aspectos anímicos (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 584).

⁵⁴⁵ Informa Gianluigi Morlini que “o nascimento do dano biológico está ligado à sentença do Tribunal de Gênova de 25.05.1974, seguindo-se analogia adotada pelo mesmo Tribunal nos anos seguintes, tal como em 20.10.1975. As Cortes de Mérito genovesas assim procederam a partir de 1979 em diante, dando lugar à denominada jurisprudência alternativa. Em pouco tempo, o conceito de dano biológico foi reconhecido também, sob o plano da jurisprudência constitucional (decisões da Corte Constitucional 87/1979 e 88/1979) e pela jurisprudência de legitimidade (decisões da Corte de Cassação 3.675/81, 2.396/93, 4.6661/84, 1.130/85 e 3.025/86)” (MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. Yone Frediani. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 182, p. 193-222, out. 2017. p. 197-198).

⁵⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 112.

⁵⁴⁷ MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. Yone Frediani. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 182, p. 193-222, out. 2017. p. 197.

⁵⁴⁸ Na redação original: “3. Agli effetti di cui al comma 2, per danno biologico si intende la lesione all'integrità psicofisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale. Il danno biologico è risarcibile indipendentemente dalla sua incidenza sulla capacità di produzione di reddito del danneggiato”. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/010571.htm>>. Acesso em: 12 out. 2018.

completo bem-estar físico, mental e social”⁵⁴⁹, com fundamento no art. 32 da Constituição Federal italiana.

O dano corporal (*dommage corporel*), por sua vez, teve origem no Direito Francês, inicialmente para abarcar os acidentes de trabalho avançando, posteriormente, para seara dos acidentes de trânsito⁵⁵⁰. Visou-se, com a sua criação, uma distinção dos demais danos morais⁵⁵¹ (*dommage morale*), reservando-se tal nomenclatura para os danos de índole extrapatrimonial que atingissem a integridade física, compreendendo nessa categoria os danos morais e psíquicos, os danos estéticos e sexuais e o “préjudice d’agrément”⁵⁵² que segundo Couto e Silvia seria “o dano pela perda do que normalmente se pratica como lazer”⁵⁵³.

Em termos mais amplos, pode-se definir o danos corporais como aquele que atinge a integridade físico-psíquica da pessoa, podendo causar desde lesões corporais até a privação da vida, passando também pelas situações em que as pessoas ficam incapazes de experimentar sensações, de entenderem ou quererem, devido a lesões no sistema nervoso central decorrente de patologias neurológicas e psiquiátricas⁵⁵⁴⁻⁵⁵⁵.

De outro turno, os danos anímicos ou morais em sentido estrito possuem maior carga de subjetividade, uma vez que se encontram relacionados aos aspectos sentimentais, a vida afetiva, cultural e das relações sociais, traduzindo-se na violação de valores ou interesses puramente espirituais ou afetivos⁵⁵⁶. Como já destacado anteriormente, no Direito Brasileiro,

⁵⁴⁹ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁵⁵⁰SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194.

⁵⁵¹Segundo Díez-Picazo “una concepción más amplia que comprende el daño moral como o perjuicio extrapatrimonial que resulta de los ataques o lesiones a los demás derechos de la personalidad, como puede ocurrir con el derecho al nombre, los ataques a la intimidad, al honor o al derecho moral del autor y del artista” (LÉON, Luiz Díez-Picazo y Ponce de. **Derecho de daños**. 1ª ed. 2ª tir. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. p. 327).

⁵⁵²LÉON, Luiz Díez-Picazo y Ponce de. **Derecho de daños**. 1ª ed. 2ª tir. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. p. 326-327.

⁵⁵³COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015. p. 9.

⁵⁵⁴NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 22, p. 83-95, abr./jun. 2005. p. 04.

⁵⁵⁵Segundo Yvonne Lambert-Feivre a definição de dano corporal na França é questão problemática, uma vez que não existe transparência na avaliação dos danos, diante de uma ausência de harmonização dos métodos de avaliação pelos Tribunais e da própria inexistência de um conceito unívoco, estabelecido, principalmente, em âmbito legislativo para definir os componentes do prejuízo nessa seara, superando-se a incerteza e instabilidade atualmente verificada (LAMBERT-FEIVRE, Yvonne. **L’indemnisation du dommage corporel (rapport)**. Paris: Conseil National de l’aide aux victimes, Ministère de la Justice de la République Française. 2003. p. 2).

⁵⁵⁶NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 22, p. 83-95, abr./jun. 2005. p. 4.

é prática consolidada tratar como dano moral todos os danos extrapatrimoniais sem realizar uma distinção mais profícua, assim muitas vezes sob a nomenclatura de dano moral se está, em verdade, indicando um dano à pessoa. Acerca dos danos morais já se abordou no item 2.2.1.2, razão pela qual não haverá aprofundamento nesta ocasião.

Importante ressaltar que há, ainda, uma confusão entre o dano à pessoa e a violação aos direitos da personalidade. É bem verdade que o dano à pessoa geralmente traduzem-se em lesões aos direitos da personalidade⁵⁵⁷⁻⁵⁵⁸, todavia podem existir danos à pessoa originados, por exemplo, por um dano à terceiro ou a um objeto⁵⁵⁹. A par disso, Fernando Noronha menciona a possibilidade de classificar os danos à pessoa com base na tripartição dos direitos da personalidade concebida por Limongi França: danos à integridade física, intelectual e moral⁵⁶⁰⁻⁵⁶¹.

Independentemente da classificação adotada, se bipartida ou tripartida, Direito brasileiro tem dado pouca importância às divisões retromencionadas. O próprio Fernando Noronha⁵⁶² adverte que no Brasil a noção de dano biológico é praticamente desconhecida na doutrina e não foi abarcada pela prática jurisprudencial, apesar disso observa que é possível identificar reflexos na Súmula 402 do STJ, quando determina que “o contrato de seguro por dano pessoal compreende o dano moral, salvo cláusula expressa de exclusão”. Acrescenta-se, ainda, que a expressão dano corporal, tampouco, veio encontrar expressividade na doutrina⁵⁶³,

⁵⁵⁷Justamente por tratar das questões inerentes à pessoa humana os danos à pessoa estão intrinsecamente ligados aos direitos da personalidade, entendidos esses como "os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos" (BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 1). Digno de conferência: CARREJO, Simón. **Derecho civil**. Bogotá: Themis, 1972. p. 299-300; DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes. 1961. p. 17; BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. p. 70-72.

⁵⁵⁸NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 583.

⁵⁵⁹Para Paulo Lôbo não há hipóteses de dano morais fora da concepção de direitos da personalidade, segundo o autor, “dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais” (LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, a. 8, n. 119, out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 12 out. 2018).

⁵⁶⁰NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 583.

⁵⁶¹Antônio Junqueira Azevedo distingue o dano-evento em cinco espécies: dano ao corpo ou integridade física, à integridade psíquica, ao patrimônio, a imagem e a terceiros, segundo o autor nos dois primeiros casos há danos à pessoa (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 291-292).

⁵⁶²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 593.

⁵⁶³BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 302.

e a jurisprudência ao aplicá-lo no âmbito dos seguros, tem dado máxima amplitude, para alcançar danos materiais, morais e estéticos⁵⁶⁴.

Tem-se, portanto, que os danos à pessoa, no Direito pátrio, não constituem uma terceira via⁵⁶⁵ à incorreta polarização dano material-dano moral, e sim uma espécie do gênero danos morais (em verdade, extrapatrimoniais), compreendendo a lesão aos interesses inerentes à pessoa, sob todos os seus aspectos físico, psicológico, intelectual e moral.

Por fim, convém destacar que a distinção entre danos à pessoa e danos à coisa deve ser tida como a mais importante classificação dos danos, porque amplia a abrangência da responsabilidade civil, demonstrando que todos os prejuízos são suscetíveis de reparação, se preenchidos todos os elementos do dano, os quais se passa a estudar.

2.1.2 Elementos do dano: a injustiça do dano como pressuposto do dever de indenizar

A vida em sociedade cotidianamente expõe as pessoas a indistintos e numerosos prejuízos e, como já se ressaltou, a atual configuração social de “sociedade de riscos”, amplia, ainda mais, tal exposição.

Ocorre que não são todos e quaisquer danos que se encontram suscetíveis de reparação por meio da responsabilidade civil. Primeiramente, porque há a tradicional distinção entre as searas penal, administrativo e civil, independentes por força do Princípio da Independência das Instâncias⁵⁶⁶. E, também, porque é necessário o preenchimento de determinados critérios para que haja efetivamente o dever de reparação do dano.

⁵⁶⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 1.408.908/SP. Civil. Responsabilidade Civil. Dano Material, Moral E Estético. Cumulação. Possibilidade. Contratos. Seguro. Cobertura Para Danos Corporais. Alcance. Limites (...). Min. Rel. Nancy Andrighi. Julgamento em 23 nov. 2013. Publicação em 19 dez. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1286019&num_registro=201303355831&data=20131219&formato=PDF>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁵⁶⁵Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, março 2001. p. 194; SEVERO, Sérgio Viana. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47.

⁵⁶⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento AI 681487 AgR/SP. Agravo regimental no agravo de instrumento. Policial militar. Independência das esferas penal e administrativa. Processo administrativo disciplinar. Expulsão. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Reexame de provas. Impossibilidade. Precedentes. (...). Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 20.11.2012. Publicação em: 01.02.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3300009>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁵⁶⁷SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

Segundo Paulo de Tarso Vieira Sanseverino⁵⁶⁷ tais critérios seriam a certeza, a imediatidade e a “injustiça” do dano⁵⁶⁸. No entanto, Yussef Said Cahali⁵⁶⁹, tratando especificamente dos danos no âmbito da responsabilidade do Estado por atos lícitos, explica que a doutrina exige, ainda, que sejam anormais e especiais.

2.1.2.1 “Injustiça” do dano no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise a partir do Direito Italiano

Inicia-se o estudo dos elementos do dano por aquele que é, efetivamente, crucial para distinguir dentre os numerosos danos, cotidianamente sofridos pelos sujeitos no desenvolvimento normal das atividades humanas, os que devem ser reparados. A noção de justiça do dano funciona, portanto, como limite material para o estabelecimento das consequências que merecem reparação demarcando uma fronteira para ressarcibilidade, para que não se verifique uma “propagação irracional dos mecanismos de tutela indenizatória”. Separam-se os danos injustos, portanto indenizáveis, dos danos justos, não ressarcíveis.

Conforme já abordado quando se tratou do Princípio da Reparação Integral, com o surgimento de uma sociedade pós-industrial complexa a responsabilidade civil sofreu um “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”⁵⁷⁰, esse movimento permitiu “detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito”⁵⁷¹.

A mudança estendeu a reparação dos danos para as situações em que sequer se investiga a presença de ilicitude, sendo indiferente que o ato causador do dano fosse lícito ou ilícito, pois quando se discute a injustiça do dano preocupação não é com o fato imputado ao

⁵⁶⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

⁵⁶⁸ Não é unânime a definição dos elementos do dano, podendo-se encontrar na doutrina outras posições, Adriano de Cupis divide o dano em uma composição material, que consiste na conduta e uma formal, relativa à norma jurídica (DE CUPIS, Adriano. **Il danno: Teoria generale della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1946. p. 6); Pessoa Jorge entende que são requisitos do dano a alienidade (ou alteridade), certeza e mínimo de gravidade (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. 3ª. ed. São Paulo: Almedina, 1999. p. 384-387); Atílio Anibal Alterini compreende por requisitos dos danos a certeza, a atualidade e a subsistência (ALTERINI, Atílio Anibal. **Responsabilidad Civil: límites de la reparación civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p.124); Carlos Alberto Ghersi, por sua vez, em entende que os requisitos do dano indenizável seriam a certeza, que atinja o ofendido e que resulte de uma lesão a um interesse legítimo (GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 61).

⁵⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 66.

⁵⁷⁰ GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 293.

⁵⁷¹ GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 177.

agente e sim com a natureza do interesse lesado⁵⁷², visando-se sempre a conservação da máxima contemporânea da responsabilidade civil, a primazia da vítima, sem se olvidar os limites materialmente impostos.

Decorre dessa alteração de paradigma a adoção de um modelo de responsabilidade objetiva, em que se inclui a responsabilidade do Estado que, como visto, prescinde da análise da ilicitude. Tudo isso já foi dito, apenas se reforça. No entanto, insta saber o que de fato quer dizer “dano injusto”.

A expressão dano injusto, adotada pela doutrina brasileira, tem origem no Direito italiano, especificamente no art. 2043 do Código Civil da Itália, que trata da responsabilidade subjetiva ao dispor que “qualquer fato doloso ou culposo que ocasiona a outrem um dano injusto obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”⁵⁷³.

A ideia de injustiça do dano, mesmo na Itália teve uma “longa e laboriosa evolução”⁵⁷⁴. A doutrina, segundo M. Bianca, cindiu-se em duas vertentes, os que a identificavam com a violação de um direito ou de uma norma e, portanto, com o conceito de antijuridicidade e aqueles que a entendiam como lesão a um interesse juridicamente tutelado⁵⁷⁵.

No que se refere à antijuridicidade, sobressaia na doutrina o entendimento de o legislador de 1942 equivocou-se, pois um prejuízo econômico – o único admitido pelo diploma cível – não poderia ser justo ou injusto, de maneira que a injustiça era atributo do fato e não do dano⁵⁷⁶. Adriano De Cupis, ao traçar um conceito jurídico para dano deixa claro tal entendimento, ao dizer que “In quanto l’atto umano sia non giuridicamente rilevante, ma, più, specificamente, antiggiuridico, questa nota di antiggiuridicità si trasmette al danno che da esso è prodotto”⁵⁷⁷.

Nesse contexto, surgiu a tradicional interpretação do termo que considerava a norma jurídica do art. 2043 do Código Civil Italiano como uma norma secundária⁵⁷⁸ que

⁵⁷²SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 181.

⁵⁷³Na redação original: “Art. 2.043. Qualunque fatto o doloso o culposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há commesso il fatto a risarcire il danno”.

⁵⁷⁴INZIRATI, Bruno; PICCININI, Valentina. **La responsabilità civile: casi e materiali**. Torino: Giappichelli Editore, 2009. p. 4.

⁵⁷⁵BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile** apud MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 177.

⁵⁷⁶VISINTINI, Giovanna. Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto. In **Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno**. CONTE, Giuseppe; FUSARO, Andrea; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (coord.). Roma: Editora TrE-Press, 2018. p. 590. Disponível em: <<http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/alpa>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

⁵⁷⁷DE CUPIS, Adriano. **Il danno: Teoria generale della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1946. p. 9.

⁵⁷⁸No mesmo sentido, explica Emanuela Navarretta: “La sua interpretazione – in una prima fase – aveva indotto a ribadire la continuità con l’art. 1151 del codice civile del 1865, fino a sconfessare il senso letterale della nuova

sancionava⁵⁷⁹ um comportamento ilícito correspondente à violação de um direito subjetivo absoluto, que compreendem os direitos da personalidade, direitos reais e alguns direitos inerentes às relações familiares. A parcialidade do entendimento foi alvo de crítica pelos defensores da tutela externa do crédito, passando-se a admiti-los posteriormente como dano injusto⁵⁸⁰.

Entretanto, essa noção atrelada à antijuridicidade e restrita a responsabilidade civil subjetiva, acabava por ser “mera repetição enfática daquilo que já se denotava com os demais pressupostos do ato ilícito”⁵⁸¹, bem como restringia a responsabilidade civil no seu aspecto sancionatório, colocando-o acima o ressarcitório, deixando sem indenização uma gama de interesses juridicamente tutelados.

Ademais, como bem pontuou Giovanna Visintini, a doutrina não foi capaz de notar na sutileza da redação legal a ideia indispensável de ““lesione dell’altrui sfera giuridica”⁵⁸². Tornava-se necessária e impositiva uma leitura mais ampliada do termo⁵⁸³.

Em 1969 com a publicação de “Il problema della responsabilit  civil”, de Stefano Rodot  a análise do art. 2043 do Código Civil Italiano recebeu uma nova t nica. O autor passou a difundir uma cláusula geral da responsabilidade civil com base no dano injusto, dando início a um período de abertura do Direito Italiano⁵⁸⁴.

O momento de produção de Rodot  remonta às discussões levantas por Pietro Trimarchi e Guido Calabresi acerca de uma responsabilidade objetiva, coincide, portanto, com a supera  o de uma responsabilidade civil unicamente pautada na culpa, de maneira que

norma, spostando la su orbita attrattiva dal danno al fatto. Ne risultava confermata una concezione tipizzante e sanzinatoria dell’illectio, che connotava l’art. 2043 c.c., come norma secondaria, correlandola alla lesione di diritti soggettivi assoluti” (NAVARRETTA, Emanuela. **Diritti Inviolabili e Risarcimento del Danno**. Torino: Giappichelli Editore, 1996. p. 142-143).

⁵⁷⁹Explica Adriano De Cupis: “Il dano antigiuridico si caratterizza per la speciale natura della ragione che si svolge centro di esso. La ragione a sume, invero, la fisionomia pi  determinata di sanzione. La sanzione   precisamente quella conseguenza por mezzo della quale il diritto intende garantire la prevalenza di un determinato interesse contro gli atti lesivi derivanti da soggetti il cui interesse ha inteso subordinare” (DE CUPIS, Adriano. **Il danno: Teoria generale della responsabilit  civile**. Milano: Giuffr , 1946. p.13).

⁵⁸⁰INZIRATI, Bruno; PICCININI, Valentina. **La responsabilit  civile: casi e materiali**. Torino: Giappichelli Editore, 2009. p. 4.

⁵⁸¹SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da eros o dos filtros da repara  o   dilui  o dos danos**. 4  ed. S o Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 109.

⁵⁸²VISINTINI, Giovanna. Atipicit  dei fatti illeciti e danno ingiusto. In **Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno**. CONTE, Giuseppe; FUSARO, Andrea; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (coord.). Roma: Editora TrE-Press, 2018. p. 590. Disponível em: <<http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/alpa>>. Acesso em: 02 dez. 2018

⁵⁸³TUCCI, Giuseppe. **Il danno ingiusto**. Nap li: Ediotre Jovene Napoli, 1970. p. 9.

⁵⁸⁴VISINTINI, Giovanna. Atipicit  dei fatti illeciti e danno ingiusto. In **Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno**. CONTE, Giuseppe; FUSARO, Andrea; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (coord.). Roma: Editora TrE-Press, 2018. p. 589. Disponível em: <<http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/alpa>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

não mais se tornava possível assimilar o dano injusto exclusivamente com a ilicitude. Surge, também, no momento em que o Direito italiano descobre a importância de cláusulas gerais⁵⁸⁵.

A partir desse caldo de cultura, a visão de norma secundária do art. 2043 do CCI é substituída pelo entendimento de que se trata de uma primária que por um lado prevê um dos critérios para imputação da responsabilidade, a culpa, e de outro incorpora a cláusula geral de que os danos causados aos interesses juridicamente tutelados de terceiros devem ser tidos como injustos, um nítido retorno ao elemento objetivo dos fatos ilícitos *o damnun iniuria datum*, na medida em surge a responsabilidade sem culpa. Destarte, passa-se a conceber como dano injusto a lesão a interesses juridicamente relevantes seja decorrente de fatos lícitos ou ilícitos⁵⁸⁶.

Atualmente, a concepção de dano injusto tem assumido um caráter duplo, o denominado *contra ius* significa atentado a um interesse tutelado pelo ordenamento jurídico e o *non iure* corresponde à ausência de direito do agente praticar a conduta lesiva⁵⁸⁷⁻⁵⁸⁸.

Apesar do benefício de um entendimento mais flexível, era também preocupação de Rodotà estabelecer um parâmetro para traçar dentre os interesses juridicamente relevantes qual deve se sobressair, especialmente se houver conflito, diante da possibilidade de uma superexploração da cláusula geral dar azo a interpretações amplas demais.

Como parâmetro para aferir o dano injusto, o autor elegeu a solidariedade social. Assim, só seria cabível indenização à parte lesada cujo direito atingido fosse suscetível de tutela segundo o Princípio da Solidariedade⁵⁸⁹, tal análise requer seja avaliado no caso

⁵⁸⁵ VISINTINI, Giovanna. Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto. In **Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno**. CONTE, Giuseppe; FUSARO, Andrea; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (coord.). Roma: Editora TrE-Press, 2018. p. 592. Disponível em: <<http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/alpa>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

⁵⁸⁶ VISINTINI, Giovanna. Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto. In **Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno**. CONTE, Giuseppe; FUSARO, Andrea; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (coord.). Roma: Editora TrE-Press, 2018. p. 598. Disponível em: <<http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/alpa>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

⁵⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 110.

⁵⁸⁸ Nesse sentido “la ingiustizia, che l’art. 2043 assume quale componente essenziale della fattispecie di responsabilità civile, va intesa nella duplice accezione di danno prodotto non iure e contra ius: non iure, nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall’ordinamento (per es., artt. 2044, 2045 c.c.); contra ius, nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall’ordinamento giuridico nella forma del diritto soggettivo. La quale interpretazione, mentre lascia fuori dalla sfera di protezione dell’art. 2043 quegli interessi che non siano assunti al rango di diritti soggettivi pone in luce, d’altra parte, l’arbitrarietà di ogni discriminazione fra una categoria e l’altra dei diritti soggettivi, al fine di riconoscere o escludere la tutela aquiliana” (FERRARI, Franco. **Atipicità dell’illecito civile: una comparazione**. Milão: Giuffrè, 1992. p. 121-122).

⁵⁸⁹ MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 178-179.

concreto qual lesão é digna de compensação e aquela que deverá ser tolerada por aqueles que sofrem a atuação dos outros, estas são justas.

Esse entendimento é, efetivamente, o que abre as portas para a real dimensão alcançada pelo dano injusto, tornando possível alocá-lo como subsídio para a consagração da primazia da vítima. É nesse aspecto, acredita-se, que o “giro conceitual” retratado por Orlando Gomes passa a tomar forma. Conforme aduz Enrico Scoditti “con Rodotà il punto di vista cambia: dall’autore del fatto alla vittima, dall’atto illecito (*non iure*) al fatto dannoso (*contra ius*)”⁵⁹⁰.

A relação vislumbrada por Rodotà remete àquela em que a partir da solidariedade social, distribuem-se as perdas e estendem-se o mais amplamente possível as garantias à integridade psicofísica e material de cada pessoa. Assim, embasa-se na justificativa ético-jurídica da responsabilidade civil, que permitiu, em síntese, a transposição dos custos do dano da vítima para o responsável pela atividade⁵⁹¹.

Ademais, o posicionamento de Rodotà simultaneamente inicia um processo de buscas de solução no plano constitucional e aloca tal poder nas mãos do juiz⁵⁹². Não é demais destacar a importância assumida pelos tribunais na definição de danos injustos e mesmo, para traçar parâmetros de indenizabilidade, nos termos já abordados [item 1.1.3.1]

Partindo dessa construção, Guido Alpa defende que a definição do dano injusto deve dar-se a partir da ponderação de interesses à luz outros princípios constitucionais, não apenas a solidariedade social⁵⁹³. Ocorre que a concretização da proposta deparou-se com aspecto material dos danos injustos, pois os interesses tutelados juridicamente eram apenas os direitos subjetivos absolutos, um limite rígido considerando o sistema típico do Direito italiano e, ainda, do direito de crédito⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰SCODITTI, Enrico. Introduzione. Giudicare del danno ingiusto. **Questione giustizia**. Roma, f. 1, 2018. ISSN: 2420-952X versão online. Disponível em: <http://www.questionegiustizia.it/rivista/2018/1/introduzione-giudicare-del-danno-ingiusto_516.php>. Acesso em: 03 dez. 2018.

⁵⁹¹MORAES, Maria Celina de Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel Sarmento. **A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 252.

⁵⁹²Acerca da relação entre o juiz e a construção do dano injusto, recomenda-se: FRANZONI, Massimo. O dano injusto entre o juiz e a lei. Roma, f. 1, 2018. ISSN: 2420-952X versão online. Disponível em: <http://www.questionegiustizia.it/rivista/2018/1/introduzione-giudicare-del-danno-ingiusto_516.php>. Acesso em: 03 dez. 2018.

⁵⁹³MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 179.

⁵⁹⁴SCODITTI, Enrico. Introduzione. Giudicare del danno ingiusto. **Questione giustizia**. Roma, f. 1, 2018. ISSN: 2420-952X versão online. Disponível em: <http://www.questionegiustizia.it/rivista/2018/1/introduzione-giudicare-del-danno-ingiusto_516.php>. Acesso em: 03 dez. 2018.

O Direito italiano, portanto, não concebia danos à pessoa no aspecto psicofísico, a proteção era unicamente em referência à integridade física, mormente quanto à redução da capacidade laboral, consoante abordado no item 2.2.1.5. Visando contornar a questão Guido Alpa, inspirando na experiência francesa, fundada na atipicidade, e sem negligenciar as análises da “Law of Tort” inglesa e americana, impulsionou o movimento que já tinha ressonância jurisprudencial, em prol de uma análise ampla do chamado “dano biológico”. O movimento de expansão alcançou os danos ao aspecto psicológico, intelectual e moral da pessoa e, posteriormente, o direito ao meio ambiente saudável, qualidade de vida, bem estar mental, estando ainda em crescente movimento⁵⁹⁵, destacando sempre a necessidade de uma análise jurídica do interesse tutelado, não naturalística, que dá azo à concepção de dano extrapatrimonial como *pretium doloris*.

Nessa perspectiva passa-se a conceber, o dano como injusto quando “ainda que decorrente de conduta lícita, afetando o aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que dele permaneça irressarcida”⁵⁹⁶. É, portanto, a síntese de um sistema voltado para primazia da vítima, pois “não parece razoável, na legalidade constitucional, estando a pessoa humana posta na cimeira do sistema jurídico, que a vítima suporte agressões, ainda que causadas sem intenção nem culpa, isto é, negligência, imperícia ou imprudência”⁵⁹⁷.

De forma pragmática Fernando Noronha⁵⁹⁸, que considera autônomo o aspecto *contra ius* do dano injusto entendendo-o como pressuposto da responsabilidade civil, aduz que a ideia de o dano a ser reparado configurar-se como lesão à bem protegido pelo ordenamento jurídico é, em outras palavras, sua colocação no âmbito da tutela normativa ou no escopo da norma violada⁵⁹⁹. De acordo com o autor, a determinação de quais danos são merecedores de

⁵⁹⁵VISINTINI, Giovanna. Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto. In **Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno**. CONTE, Giuseppe; FUSARO, Andrea; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (coord.). Roma: Editora TrE-Press, 2018. p. 592. Disponível em: <<http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/alpa>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

⁵⁹⁶MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. p. 179.

⁵⁹⁷MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. p. 179.

⁵⁹⁸NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 640-647.

⁵⁹⁹Explica o autor: “Um autor alemão, Rabel, já em 1936 sustentava que se deveria considerar a função de proteção de cada norma que impusesse o dever de ressarcir danos, para que se pudesse determinar quais seriam os suscetíveis de reparação. Esta ideia ganhou a adesão da generalidade dos juristas alemães di após-guerra e, depois de convencer a jurisprudência alemã, conheceu rápida expansão por outros países não latinos, como a Suíça, a Holanda, a Inglaterra e os Estado Unidos: a determinação do âmbito de proteção da norma é que nos permitiria descobrir a efetiva finalidade desta e quais os interesses e pessoas que com ela se procuram tutelar. Tal determinação é que nos diria que danos, dentre todos os ligados ao fato por um nexo de causalidade adequada, seriam reparáveis, e ainda que pessoas dentre todas as lesadas, teriam direito à reparação. Fala-se, a este respeito,

reparação deverá se ocorrer a partir da *ratio legis*, de onde se extraí quais são os valores e interesses tutelados, os danos reparáveis e as pessoas protegidas pelo raio de atuação normativa. Destaca que na atualidade, o rol de danos ressarcíveis é tão amplo que a norma tem atuado com uma função essencialmente negativa, é dizer, estabelecendo danos não reparáveis.

Assim, poderá ocorrer que ao atingir determinado interesse o agente seja obrigado a reparar todos os danos que possam ser considerados como consequência de sua atuação, dentro do que já foi exposto, é o Princípio da Reparação Integral na esfera do *an debeatur*. Somente parte desses danos, ou, ainda, excepcionalmente todos os danos, ainda que não sejam considerados decorrentes do fato imputado ao agente, na responsabilidade civil agravada.

Não está sem razão o autor catarinense, as normas do ordenamento jurídico são importante parâmetro para delinear o dano injusto, especialmente de forma abstrata e, sem dúvida devem funcionar sempre como fundamento para a eleição dos danos carecedores de tutela jurídica também no fato concreto. No entanto, também estão corretos os conhecimentos adquiridos da doutrina italiana.

A atuação do órgão julgador é de extrema relevância para determinar, no caso concreto, o que é efetivamente dano injusto, especialmente no que se refere a um sistema atípico, em que novos interesses podem surgir. Entretanto, como bem adverte Giovanna Visintini “tale valutazione deve accompagnarsi alle altre che l’istituto della responsabilità civile impone e, in particolare a quella volta a individuare un responsabile e in base a quale titolo di imputazione, quello della colpa previsto dall’art. 2043”⁶⁰⁰.

É necessário, portanto, que os demais elementos da responsabilidade civil funcionem com limites, no âmbito da responsabilidade civil do Estado tal função encontra-se ao encargo do nexo de causalidade, diante da irrelevância da ilicitude, assim quando presente um excludente de causalidade, deixa de ser injusto o dano. Ademais, recaí também sobre a jurisprudência, o dever de funcionar como parâmetro de eleição destes danos e, principalmente, sobre coleção de princípios fundamentais atrelados à responsabilidade civil.

Ademais, no âmbito da responsabilidade civil estatal é preciso considerar, ainda, que o Estado possui o monopólio da força, ditando os termos de sua presença na coletividade, sem

no princípio, ou na teoria, do escopo da norma violada” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 642-643).

⁶⁰⁰VISINTINI, Giovanna. Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto. In **Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno**. CONTE, Giuseppe; FUSARO, Andrea; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (coord.). Roma: Editora TrE-Press, 2018. p. 599. Disponível em: <<http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/alpa>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

permitir aos administrados se esquivarem. Portanto, encontra-se no exercício de poder intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros, atuando sobre situações juridicamente protegidas, enquanto exerce sua função precípua: perseguir o interesse público.

Diante disso, o conceito de dano ressarcível para esfera de atuação do Estado é aquele que “tanto resulta de um ato doloso ou culposos do agente público como, também, de ato que embora não culposos ou revelador de falha do serviço, tenha se caracterizado como injusto para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo”⁶⁰¹.

A classificação de injusto, conforme ensina García de Enterría, abstraindo-se de qualquer análise sobre a ilicitude e a culpa, deverá pautar-se na existência ou não de uma causa de justificação, que legitime o prejuízo contemplado, exemplifica dizendo, a exação de um imposto, o cumprimento de um contrato, uma execução administrativa ou processual, fora destas hipóteses, qualquer dano é injusto e deve ser reparado⁶⁰².

A ofensa ao direito subjetivo, essa perda injustificada de uma situação juridicamente protegida, por si só configura o dano injusto e permite a postulação da reparação⁶⁰³, não convém aqui realizar uma ponderação de princípios constitucionais, pois a própria Constituição Federal entendeu que o Estado não pode esquivar-se sobre o pretexto de defesa do interesse público, há, portanto, que incidir o art. 37, §6º.

Excepcionalmente, nos casos de responsabilidade subjetiva do Estado, a responsabilidade por omissão, a injustiça do dano é feita de forma negativa, é dizer: a atuação do Estado deveria proteger a esfera jurídica e não o fez, cumpria ao Estado agir atuar conforme certo padrão de eficiência capaz de obstar dano injusto e não atuou. Em casos tais, não há aprioristicamente um padrão típico da obrigação que estaria adstrito, a apuração deverá dar-se no caso concreto, analisando a função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico cultural, da conjuntura da época, em suma, das possibilidades reais médias no contexto do evento danoso⁶⁰⁴.

Na esfera dos danos causados pelo Estado, a ótica da injustiça deverá ser examinada e decidida pela ótica do sujeito passivo, como lesado na sua esfera juridicamente protegida, e

⁶⁰¹CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 66.

⁶⁰²GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los Principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa Apud XAVIER, Pedro Henrique. Responsabilidade do Estado por atividade lícita: especialidade e anormalidade do dano. **Revista da Faculdade Direito UFPR**. Curitiba, v. 23, n. 0, p. 207-225, 1986. p. 220-221.

⁶⁰³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 1001.

⁶⁰⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 1003.

não do comportamento do sujeito ativo⁶⁰⁵, isso não implica dizer que todo e qualquer dano causado pelo Estado será ressarcido, pois visando aquilatar a injustiça do dano nos casos concretos, é imperativa a análise conjuntamente dos outros requisitos tanto os aplicáveis a responsabilidade entre particulares, como os específicos da responsabilidade do Estado pela atividade lícita, trata-se da anormalidade e especialidade.

2.1.2.2 *Certeza e imediatidade: na fronteira entre o dano e o nexo de causalidade*

Se a injustiça do dano é o que permite, *in abstracto* e *in concreto* dizer quais são os danos que devem ser ressarcidos por atingirem interesse juridicamente relevante, a certeza é o elemento do dano que apura se aquele dano injusto possui existência é real e efetiva, mesmo que venha a consolidar-se apenas no futuro, desde que seja suficientemente provável. O oposto da certeza, no caso presente específico, é a eventualidade, a dúvida se o referido dano existe ou existirá e, também, se ele decorre do fato gerador que lhe é imputado, é dizer, se há nexo entre a conduta e dano.

Fernando Noronha, ao tratar da certeza do dano como um critério de classificação, ensina que o cerne da questão, que separa um dano certo de um dano incerto, é a prova. Assim, os danos reparáveis são somente aqueles que sejam efetivamente comprovados. Essa concepção pode ser aferida, segundo o autor, da redação legal do art. 402, do Código Civil, quando utiliza a expressão “efetivamente”⁶⁰⁶.

Ao depositar no juízo de verossimilhança a certeza do dano, torna-se possível admitir a existência de danos futuros, apesar de a prova destes serem de maior complexidade, ao lado dos danos atuais⁶⁰⁷. Com isso, além das perdas sofridas pelo ofendido até o momento de prolação da sentença, admite-se também a indenização por danos que lhe serão supervenientes.

⁶⁰⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 1002.

⁶⁰⁶NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 606.

⁶⁰⁷Acerca da classificação em danos presentes (ou atuais) e futuros ensina Fernando Noronha: “Os danos são classificados de presentes (ou atuais) e futuros considerando o momento em que é proferida a decisão que obriga a repará-los, e não aquele em que produziu o fato danoso. São danos presentes, ou atuais (ou como as vezes também se diz, mas menos adequadamente, pretéritos), os danos efetivamente ocorridos, isto é, os já verificados no momento em que são apreciados; são futuros os que só ocorrerão depois desse momento, embora ainda como consequência adequada do fato lesivo. E são danos futuros não só aqueles que constituem prolongamento no tempo de um dano que já existe agora, como aqueles que só se manifestarão mais adiante, embora em decorrência do fato jurídico lesivo que está sendo considerado (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 603)

A questão da prova, no âmbito da certeza do dano, deve ser estudada sob duas perspectivas, a primeira delas é que a trata da existência do dano, neste âmbito “está relacionado con su existencia material y no conjetural, es decir, debe constituir un verdadero impacto en la persona o en el patrimonio”⁶⁰⁸.

Nesse contexto a prova é de que o dano produziu, de forma concreta, lesão a um bem jurídico tutelado, logo não é suficiente que seja abstratamente tido como dano injusto, é necessário que se comprove que no caso concreto a situação lesiva prevista pelo ordenamento jurídico configurou resultou em verdadeira lesão e, por isso, deve ser reparada⁶⁰⁹.

Em segundo plano tem-se a necessidade de provar o nexo de causalidade entre o resultado que se diz lesivo e a conduta, logo é necessária a comprovação de que o ato (ou fato) antijurídico não tem somente a capacidade de produzir o dano, mas que ele efetivamente foi a causa do dano concretamente alegado.

A prova do nexo causal não é matéria simples, até mesmo porque a doutrina e jurisprudência não possuem um consenso acerca da teoria aplicável, havendo hoje uma verdadeira flexibilização em prol do resultado primordial: a reparação, o que certamente acaba por engendrar a redução da segurança jurídica⁶¹⁰, embora se ganhe, de outro lado, com a máxima reparação. Todavia, é possível afirmar que no caso dos danos atuais e danos futuros que sejam apenas um prolongamento dos prejuízos atuais a demonstração da relação causa-

⁶⁰⁸GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 61.

⁶⁰⁹Nesse sentido esclarece Pessoa Jorge que o prejuízo não se confunde com a lesão do direito, exemplificativamente alude: “Se o empreiteiro, obrigado a entregar a casa dentro de determinado prazo, só vem a fazê-lo quinze dias mais tarde, houve ofensa do direito de crédito, mas pode não ter havido prejuízos, v. g. se o dono da casa, que a destinava a sua habitação, não a utilizaria nesse período por se encontrar ausente no estrangeiro. Se alguém danifica ou se apropria de coisa alheia, lesa o direito de propriedade; mas, se a conserta ou restitui antes que dela necessite o dono, não provoca prejuízos a este, pelo que não haverá responsabilidade civil” (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**, p. 384.). No mesmo sentido: DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**, 9º ed., v. 1, rev. e com., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 97-98. Na jurisprudência: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial 20386/RJ. Processual civil. Ação ordinária visando o ressarcimento de prejuízos. Inexistência da comprovação efetiva do dano. Improcedência. Para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, a prova da existência do dano efetivamente configurado e pressuposto essencial e indispensável. Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que, dela, não tenha decorrido prejuízo. A satisfação, pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação a parte adversa, em enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil esta, não só na configuração de conduta “contra jus”, mas, também, na prova efetiva dos ônus, já que se não repõe dano hipotético. Recurso improvido. Decisão por maioria de votos. Rel. Min. Demócrito Reinado. Julgado em: 23.05.1994. Publicação em: 27.06.1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200067387&dt_publicacao=27/06/1994>. Acesso em: 05 dez 2018.

⁶¹⁰SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 248-249.

efeito é menos complexa do que nos casos em que o dano seja baseado em uma probabilidade⁶¹¹.

Segundo Fernando Noronha a solução só vai ser relativamente fácil em duas situações-limite: se a possibilidade de verificação do dano no futuro for real e séria, este é indenizável, entretanto, sendo demasiadamente hipotético, não há dever de indenização. Acrescenta o autor que nos casos situados fora dessas situações-limite, resta ao arbítrio do julgador estabelecer o que é meramente hipotético e o que, apesar de ainda não ter se concretizado, certamente irá⁶¹². Vê-se, portanto, que está na limeira entre a análise do dano e do nexo de causalidade.

Nesse contexto também está inserida a problemática questão da perda de uma chance. Durante algum tempo a doutrina brasileira⁶¹³, com inspirações estrangeiras⁶¹⁴, acreditou não ser indenizável o dano causado pela perda de uma chance de obter proveito ou de evitar perdas, pois se acreditava tratar de hipótese de dano eventual. Posteriormente, evoluiu-se no sentido de ser possível a reparação, sob dois fundamentos: a noção de causalidade parcial, de matriz Francesa⁶¹⁵, e a ideia de que a chance deve ser considerada como um dano autônomo, pois a certeza não é referente ao dano final, mas sim à oportunidade de alcançar a vantagem ou evitar o prejuízo, originada no Direito Italiano⁶¹⁶.

No Brasil, após a doutrina debater-se o tema⁶¹⁷, surge, a partir do parabenizado estudo de Rafael Petteffi da Silva, a noção de que a perda de uma chance possui uma dimensão

⁶¹¹SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167.

⁶¹²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 606.

⁶¹³VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009; MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. **Ressarcimento de Danos**. Pessoais e Materiais. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999.

⁶¹⁴Digno de conferência: LE TOURNEAU, Philippe. **La responsabilité civile**. Paris : PUF, 2003; DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. v. 4. Paris : Librairie Arthur Rosseau e Cie, 1925; PACCHIONI, Giovanni. **Diritto Civile Italiano**. Parte seconda: Diritto delle obbligazioni. v. IV: Delitti e Quasi Delitti. Padova: Cedam, 1940.

⁶¹⁵No Direito Francês as primeiras noções da perda de uma chance iniciou-se pela jurisprudência, havia um limbo jurídico que não alcançava a situação fática de um oficial ministerial que impediu o prosseguimento do procedimento e, conseqüentemente, a possibilidade de ganhar o processo. A prova diabólica do nexo de causalidade acabou favorecendo o surgimento da ideia de causalidade parcial. Inicialmente defendida por Jacques Boré e John Makdisi, a causalidade parcial não surge como antônima da aplicação ortodoxa da causalidade, propõe-se, apenas, que reparação seja concedida de acordo com a probabilidade efetiva e cientificamente provada colocando-se em jogo a combinação entre lei causal e lei aleatória, presente nos processos etiológicos e, por conseguinte, na responsabilidade pela perda de uma chance (PETTEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 58)

⁶¹⁶DE CUPIS, Adriano. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1966. p.264-265; BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza dei danno. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, a. XXX, p. 55-101, 1976. p. 58.

⁶¹⁷DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado: perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999; SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009; MARTINS-

híbrida, ora utilizada como uma categoria de dano autônomo e independente do dano final, ora com o recurso à causalidade parcial, quando então se tem a perda da vantagem esperada ou evita-se o prejuízo⁶¹⁸.

Independentemente da base teórica que fundamente a indenização pela perda de uma chance é necessário ter em mente que casos em que para aplicação da “Teoria da Perda de uma Chance” é necessário que haja uma apreciação objetiva, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas, que somente poderá ser verificada na análise concreta pelo magistrado⁶¹⁹.

O Superior Tribunal de Justiça, superando uma jurisprudência tímida, voltada precipuamente para a seara da responsabilidade civil médica, tem considerado a exigência da apreciação objetiva de forma bem rígida⁶²⁰, já tendo sido esclarecido por aquela Corte que a “Teoria da Perda da Chance” aplica-se somente nos caso em que o dano é “real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável”⁶²¹.

COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. V. t. II: Do Inadimplemento das Obrigações. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 362; NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 695-698; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 42 e ss.; FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 81-88; KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 97. Atualmente existem inúmeros trabalhos acerca da perda de uma chance, todavia consideram-se esses fundamentais ao desenvolvimento teórico, ainda que o posicionamento de alguns deles, como o de Sérgio Novais, que alocava a perda de uma chance na esfera extrapatrimonial, tenha sido suplantando, ou, ainda tenha se tornado posição minoritária, como ocorre com Fernando Noronha, que analisa a perda de uma chance apenas sob uma perspectiva, a do dano autônomo.

⁶¹⁸PETTEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 105-106.

⁶¹⁹PETTEFFI DA SILVA, Rafael. A responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais. **Empório do Direito**. Florianópolis, abr. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁶²⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. 708030/RJ. Recurso especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada. Em programa de televisão. Perda da oportunidade. Rel. Fernando Gonçalves. Julgamento em: 08.11.2005. Publicação em: 13.06.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006>. Acesso em: 05 dez. 2018. Também acerca da perda de uma chance, é pedagógico o voto do Min. Paulo de Tarso Viera Sanseverino, proferido nos autos do REsp 1.291.247/RJ (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº. 1.291.247/RJ. Recurso especial. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical do recém nascido. Não comparecimento ao hospital. Legitimidade da criança prejudicada. Dano extrapatrimonial caracterizado (...). Rel. Min. Paulo de Tarso Viera Sanseverino. Julgamento em: 19.08.2014. Publicação em: 01.10.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102672798&dt_publicacao=01/10/2014>. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁶²¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº. 1104665/RS. Morte de paciente decorrente de complicação cirúrgica. Obrigação de meio. Responsabilidade subjetiva do médico. Acórdão recorrido conclusivo no sentido da ausência de culpa e de nexo de causalidade. Fundamento suficiente para

Por fim, importante destaque é feito por Paulo de Tarso Sanseverino em relação à aplicabilidade do Princípio da Reparação Integral nessa seara, pois neste caso como o foco é a chance, a probabilidade de não haver perda ou de se ganhar, é somente esta que deve ser indenizada de forma mais completa possível, não se podendo, para tanto, considerar o dano final, exceto quando demonstrado que a chance era de 100%⁶²².

A imediatidade possui um vínculo ainda mais estreito com o elemento nexo de causalidade, especificamente com uma das funções que este exercita na relação de responsabilização: determinar a extensão dos danos a serem reparados. Sendo assim, pela relação de causalidade não se determina apenas quem repara o dano, mas quais efeitos danosos serão reparados⁶²³.

Para determinar quais efeitos danosos são suscetíveis de reparação Paulo de Tarso Vieira Sanseverino acredita haver embasamento na “Teoria da Causalidade Direta e Imediata”, que será oportunamente objeto de análise [item 2.3.1.4], para filtrar dentre os danos aqueles que decorrem direta e imediatamente do fato gerador, reputando-os como indenizáveis⁶²⁴. Segundo o autor, tal requisito pode ser extraído a partir do art. 403 do Código Civil, aplicável tanto na seara contratual quanto na extracontratual⁶²⁵.

Neste contexto, a partir da relação entre o dano e o fato gerador, a doutrina, com seu assaz aspecto cientificista, separou o dano em duas espécies direto e indireto (ou remoto), considerando-se o primeiro como aquele que é efeito imediato do fato lesivo e o segundo como o que decorre do fato lesivo, mas somente porque desencadeou outra condição, a qual também se atribui evento danoso⁶²⁶.

afastar a condenação do profissional da saúde. Teoria da perda da chance. Aplicação nos casos de probabilidade de dano real, atual e certo, inócurre no caso dos autos, pautado em mero juízo de possibilidade. Recurso especial provido (...). Rel. Min. Massami Uyeda. Julgado em: 09.06.2009. Publicação em: 04.08.2009. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802514571&dt_publicacao=04/08/2009>. Acesso em: 06 dez. 2018.

⁶²²SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173.

⁶²³Nesse sentido ensinam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que “quando o artigo 944 do Código Civil enuncia que a indenização será medida pela extensão do dano, percebemos que a delimitação da indenização requer uma percuciente análise da causalidade, para que no caso concreto saibamos “quem” indeniza e “o que” se indeniza. O referido dispositivo objetivamente dispõe que conforme a sua participação causal para o evento, o agente contribuirá para a reparação integral, considerada como a maior coincidência possível entre a situação atual e aquela anterior à geração do dano injusto” (CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 459).

⁶²⁴SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 174.

⁶²⁵SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 60-61.

⁶²⁶NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 602.

Conforme o dispositivo retromencionado, a regra é a indenização dos danos que decorrerem direta e imediatamente do fato gerador, todavia a concretização esbarra no aspecto demasiadamente restritivo da “Teoria da Causalidade Direta e Imediata”.

Sendo assim, a concepção de dano direto e imediato deve estudada com cautela, considerando-se que a responsabilidade civil hodierna, no seu avanço em prol da tutela da vítima passou admitir a máxima reparação. E, embora a acepção original de causalidade direta e imediata, resgatada do Direito Francês⁶²⁷ excluísse por completo a ressarcibilidade dos danos indiretos, houve necessidade de sua flexibilização para fins de evitar injustiças, conforme se verá no item 2.3⁶²⁸.

Aponta Anderson Schreiber que no direito pátrio a mencionada flexibilização deu-se a partir da adoção da “subteoria da necessidade”, propagada por Agostinho Alvim⁶²⁹, segundo a qual deve haver o afastamento da noção de simples proximidade entre o fato lesivo e o dano para apegar-se a demonstração de um liame de necessidade entre um e outro⁶³⁰. Com isso, abre-se espaço para que danos indiretos sejam passíveis de ressarcimento, desde que seja consequência necessária do fato lesivo.

De outro lado, Fernando Noronha ensina que também a “subteoria da necessidade” apesar de abrir o rol de danos indenizáveis, conserva um aspecto restritivo que somente pode ser superado com a manipulação da “Teoria da Causalidade Adequada”, que permite aos juristas, segundo o autor, uma análise com maior flexibilidade e praticidade⁶³¹, evitando-se o rigor da “Teoria do Dano Direto e Imediato”, que acaba por forçá-los a decidir com base no “bom senso”⁶³²⁻⁶³³.

No Direito brasileiro, tem se observado a possibilidade de indenização por dano em ricochete⁶³⁴, que é uma espécie de dano indireto⁶³⁵. Sendo assim, enquanto elemento do dano,

⁶²⁷SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 60.

⁶²⁸SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 62.

⁶²⁹ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 356.

⁶³⁰SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 62.

⁶³¹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 627.

⁶³²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 626.

⁶³³Destaca-se que para Fernando Noronha a imediatidade não é considerada elemento do dano, de maneira que entende o autor ser indenizáveis todo e qualquer dano seja ele direto ou indireto. A posição do autor reflete sua opção pela “Teoria da causalidade adequada” como sendo a teoria da causalidade mais apta à compor o cenário da responsabilidade civil (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 640).

⁶³⁴“O dano reflexo ou por ricochete é genericamente conceituado como o conjunto de prejuízos sofridos por um terceiro (vítima mediata ou indireta) em consequência de um dano corporal inicial sofrido por outrem (vítima

a noção de imediatidade é vista de maneira ampla, em que pese rodeada de incertezas diante da adoção de uma posição eclética dos tribunais em matéria de causalidade. Nesse contexto, os danos em ricochete passaram a ser compreendidos não como uma quebra de causalidade e sim como a sua ampliação.

O conceito dano indenizável pelo Estado surge, portanto, a partir da constatação de que determinado ato do Estado (ou de quem o represente), gerou dano injusto e certo atribuível à atuação estatal, ainda que não especificamente por meio da “Teoria da Causalidade Direta e Imediata”, incluindo-se aí aqueles que atingiram esfera jurídica de terceiro que apesar de não ser quem teve primeiramente sua esfera violada, ficou também sujeito às consequências danosas.

Essa noção ampla de dano indenizável comporta a importante questão acerca da extensão da obrigação de indenizar dos danos reflexos, pois é necessário evitar o retorno desastroso à dominância da *conditio sine qua non* e a respectiva fissura na Responsabilidade Civil. De âmbito objetivo, indene de dúvidas que tanto os danos patrimoniais quando os extrapatrimoniais podem ser indenizados⁶³⁶, ressaltando-se que ambos são guiados pelo Princípio da Reparação Integral, é com relação aos limites subjetivos que há maior complexidade, insta saber quem são as pessoas que podem pleitear.

Visando e evitar os abusos, a jurisprudência brasileira tem se mostrado verdadeiramente restritiva, partindo do critério de parentesco, podendo, no entanto, ampliar para abranger os vínculos de afinidade, se demonstrado no caso concreto a certeza do dano em relação ao ofendido de forma mediata⁶³⁷ e a injustiça do dano⁶³⁸.

imediate ou direta). Trata-se, numa definição mais ampla, “[d]o prejuízo que pode ser observado sempre em uma relação triangular em que o agente prejudica uma vítima direta que, em sua esfera jurídica própria, sofre um prejuízo que resultará em um segundo dano, próprio e independente, observado na esfera jurídica da vítima reflexa ou por ricochete” (REINIG, Guilherme Henrique Lima; DA SILVA, Rafael Pateffi. Dano reflexo ou por ricochete e a lesão à saúde psíquica: os casos de “choque nervoso” (shockschaden) no direito civil alemão. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n.2, p. 1-34, 2018. p. 02. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Reinig-e-Silva-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

⁶³⁵Em que pese ter a doutrina convencionado chamar dano reflexo ou em ricochete de dano indireto, trata-se na verdade de uma espécie e não do gênero.

⁶³⁶FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 98.

⁶³⁷STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1245.

⁶³⁸BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. 160125/DF. Processual civil. Ministério público. *Custos legis*. Interesse de Menor. Legitimidade para recorrer. Orientação da turma. Responsabilidade civil. Morte. Dano moral. Legitimidade e interesse dos irmãos da vítima. Ausência de dependência econômica. Irrelevância. Litisconsórcio ativo facultativo. Pedidos cumulados e distintos. Desnecessidade de que os litisconsortes possuam legitimidade para todos os pedidos. Doutrina. Recurso provido (...). Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 23.03.1999. Publicação em: 24.05.1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700924041&dt_publicacao=24/05/1999>. Acesso em: 07 dez. 2018.

2.1.2.3 Anormalidade e especialidade como requisitos específicos da responsabilidade civil do Estado por atuação lícita

Os requisitos de anormalidade e especialidade do dano são específicos de danos ocasionados pelo Estado e decorrem, diretamente, da noção de interesse público e de igualdade da distribuição dos ônus públicos, que é espécie de fator de atribuição [cf.: item 1.2.1]. Não se trata, portanto, de requisito exigível em todo e qualquer dano causado pelo Estado, mas sim por atos lícitos. Em que pese o Princípio da Igualdade sirva também de fundamento para os atos ilícitos comissivos, seria cumprimentar o Estado pela sua atuação ilícita, beneficiando-o a expensas da vítima, que deverá provar além dos requisitos básicos a anormalidade e especialidade do dano sofrido. Ademais, a própria ilegalidade do ato ilícito do Estado impõe que seja intolerável pelo prejudicado⁶³⁹, portanto, inviável de se aplicar uma dicotomia anormal-especial e cumum-geral.

Tem-se, portanto, que a atuação do Estado, ainda que na busca da satisfação de interesse público secundário, é sempre motivada pela finalidade de atingir o interesse público. Conforme já dito anteriormente, não é possível afirmar que o interesse público é o conjunto de interesses da coletividade, pois o Estado, como gestor de tais interesses, seleciona aqueles reputados como necessários ao bem estar da sociedade, muitas vezes contrariando interesses pessoais ou mesmo de um grupo [item 2.2.1.3]. No entanto, mesmo o ato de selecionar interesses pressupõe que a finalidade é o melhor para a sociedade.

As cargas resultantes da consecução do interesse público, independentemente se houve uma atuação regular ou irregular do agente público, devem ser repartidas de forma idêntica sobre os membros da sociedade e não podem pesar mais sobre uns que sobre os outros, de maneira que se dessa atuação resultar prejuízos sobre um particular, ou grupo de particulares, cumpre a coletividade, por meio do próprio Estado, repará-lo.

A existência de um prejuízo gerado ao particular pela atuação legítima do Estado não é um dado incomum, mesmo porque numa sociedade complexa os interesses são múltiplos e diversos. Sendo assim, partir da noção de que todo e qualquer prejuízo sofrido por particulares na esfera jurídica em decorrência da atuação do Estado deve ser indenizado, não é priorizar a vítima, mas sim posicionar o Estado no epicentro de um sistema de responsabilidade onde há indenizabilidade total e irrestrita. Nenhum extremo é desejado.

⁶³⁹SILVA, Ana Pereira. **O conceito danos ou encargos especiais e anormais: análise da sua aplicação doutrinária e jurisprudencial.** Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito do Porto, Porto, 2017. p. 34-36.

É justamente diante da possibilidade de colocar o Estado numa delicada posição de segurador universal que surge os requisitos de dano anormal e específico (ou especial). Como ensina Canotilho⁶⁴⁰, funciona como um “duplo-travão”, visando de um lado “evitar a sobrecarga do tesouro público, limitando o reconhecimento de um dever indemnizatório do Estado nos casos de danos inequivocamente graves” e de outro “ressarcir os danos que, sendo graves, incidem desigualmente sobre certos cidadãos”.

Esse recorte atua limitando o raio de danos indenizáveis pelo Estado, pois os danos perdem a qualidade de injustos, se comuns e normais a todos os cidadãos, não cabendo reparação⁶⁴¹⁻⁶⁴².

Destaca-se que o legislador brasileiro, diferentemente do que fez o português, não estabeleceu legalmente tais requisitos, tal atuação ficou ao encargo da doutrina⁶⁴³ e da jurisprudência⁶⁴⁴.

No Direito português, os artigos 8⁶⁴⁵ e 9⁶⁴⁶ do Decreto-Lei n.º. 48051/1967, que tratava da responsabilidade civil da Administração, já referenciavam a existência de “prejuízos

⁶⁴⁰CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 282.

⁶⁴¹Nesse sentido, explica Diogo Freitas do Amaral: “não haverá, pois, responsabilidade objetiva da Administração por danos que se possam considerar como danos comuns e normais – entendendo-se aqui por danos comuns, os danos que recaiam genericamente sobre todos os cidadãos ou sobre categorias amplas e abstratas de pessoas; e por danos normais, os que se possam considerar habituais e aceitáveis dentro do «mínimo de risco» que é próprio da vida em sociedade” (AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v II. 2ª. ed. Lisboa: Almedina, 2011. p. 744).

⁶⁴² Nesse sentido, Yussef Said Cahali, citando Octávio de Barros aduz: “O dano deve ser anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade. Pois só assim, qualifica-se o dano como injusto, na medida em que ‘rompe o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais’” (CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 67).

⁶⁴³TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 566-567; CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 56; Zancaner, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.66-67; TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 106; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 1013. Em sentido contrário: MARIENHOFF, Miguel Santiago. **Tratado de derecho administrativo**. v.4. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1970. p.738-739.

⁶⁴⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial n.º. 1590142/SC. Processual Civil. Afronta a Regulamento. Descabimento. Conceito de Lei Federal. Ato Ilícito. Danos Materiais e Lucros Cessantes. Inexistência. 1. (...). 6. A responsabilidade objetiva do Estado em decorrência de atos comissivos lícitos depende da configuração de violação a direito pelo ato estatal, de que resulte dano real, específico e anormal, a justificar o dever de reparação. (...). Rel. Min. Herman Benjamin. Julgamento em: 18.10.2016. Publicação no Diário de Justiça em: 25.10.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600673275&dt_publicacao=25/10/2016>. Acesso em: 07 dez. 2018

⁶⁴⁵Art. 8º. O Estado e demais pessoas colectivas públicas respondem pelos prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento de serviços administrativos excepcionalmente perigosos ou de coisas e actividades da mesma natureza, salvo se, nos termos gerais, se provar que houve força maior estranha ao funcionamento desses serviços ou ao exercício dessas actividades ou culpa das vítimas ou de terceiro, sendo neste caso a

especiais e anormais”, tanto resultantes de serviços ou atividades perigosas, quanto de atos administrativos legais ou materialmente lícitos, sem, contudo, conceituá-los.

O artigo 2º da Lei n.º. 67/2007⁶⁴⁷, que substituiu o referido Decreto-Lei, efetivamente positivou os conceitos. Nesse contexto, “consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas”, já os danos anormais são “os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela gravidade, a tutela do direito”. Tal conceituação é perfeitamente empregada no ordenamento jurídico brasileiro.

Observa-se que a redação legal utiliza a expressão dano ou encargo, a explicação é encontrada em Gomes Canotilho⁶⁴⁸. De acordo com o jurista luso, a distinção entre dano e encargo encontra-se na voluntariedade do ato lesivo, fala-se em encargo quando há consciência do dano é, portanto, prejuízo voluntário, de outro lado, o dano não é produzido intencionalmente, mas como um resultado indesejado da operação administrativa. Em ambos os casos há responsabilidade civil do Estado, e a expressão não deve ser tratada com rigor linguístico⁶⁴⁹.

Destrinchando os conceitos, tem-se que a análise da especialidade do dano é ditada pelo sujeito passivo, assim para ser considerado especial o dano deve causar prejuízo a uma pessoa ou grupo de pessoas certas e determinadas. Desta maneira não se considera especial o

responsabilidade determinada segundo o grau de culpa de cada um. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-vi-leis/pdf-vi-1/dl-48051-1967/>>. Acesso em 07 dez. 2018.

⁶⁴⁶Art. 9º. – 1. O Estado e demais pessoas colectivas públicas indemnizarão os particulares a quem, no interesse geral, mediante actos administrativos legais ou actos materiais lícitos, tenham imposto encargos ou causado prejuízos especiais e anormais. 2. Quando o Estado ou as demais pessoas colectivas públicas tenham, em estado de necessidade e por motivo de imperioso interesse público, de sacrificar especialmente no todo ou em parte, coisa ou direito de terceiro, deverão indemnizá-lo. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-vi-leis/pdf-vi-1/dl-48051-1967/>>. Acesso em 07 dez. 2018.

⁶⁴⁷ Art. 2º. Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/628004/details/maximized>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

⁶⁴⁸CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 235.

⁶⁴⁹George Vedel e Pierre Devolvè, ao conceituar de forma ampla o dano anormal e especial, explicam que tal dano consiste numa “espécie de encargo público que não deve recair sobre uma só pessoa, mas que deve ser repartido por todos, o que se faz pela indenização da vítima, cujo ônus definitivo, por via do imposto, cabe aos contribuintes” (VEDEL, George; DEVOLVÈ. *Droit Administratif* Apud VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Responsabilidade Civil do Estado*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 24, n. 96, p. 233-252, out./dez. 1987. p. 238).

prejuízo genérico, abstratamente disseminado pela sociedade⁶⁵⁰, por tal razão poderá também ser chamado de dano singular ou dano não universal⁶⁵¹.

A existência deste requisito não implica em dizer que o Estado será exonerado da responsabilidade por danos difusos que sua atividade causar, qualquer posição nesse sentido é um retorno injustificado à era da irresponsabilidade do Estado e um contra-senso com Princípio da Solidariedade, que eleito como fundamento ético-jurídico da responsabilidade civil hodierna. São situações distintas.

No caso de ressarcimento por danos difusos o escopo é a própria sociedade, a coletividade indeterminada, não se objetiva o ressarcimento do indivíduo, por isso mesmo o valor arbitrado em condenação normalmente integra fundos para recuperação *in natura* do dano. Em tais casos, caberá ainda o ressarcimento especificamente se uma pessoa (ou grupo de pessoas), demonstrar que além do dano difuso, a qual foi vítima juntamente com a massa amorfa social, sofreu, também, dano especial que o coloca em situação mais gravosa.

Imagine-se, por exemplo, que o Estado exercendo atividade regular constrói uma hidroelétrica, utilizando o abastecimento de um determinado rio. Para a construção, precisou desviar o curso do rio e populações ribeirinhas deixaram de ter suas casas abastecidas ou, mesmo, de viver da venda de pescados, que era importante fator turístico e cultural. Inviabilizando que o dono de uma plantação fizesse a captação de água, perdendo toda colheita. Além disso, precisou inundar parte de uma importante reserva ecológica, destruindo a fauna e flora da região, desapropriando, inclusive, famílias indígenas que viviam na localidade a centenas de anos. Nesse contexto, a atuação do Estado poderá gerar distintos danos, em diferentes esferas (individual e coletiva, patrimonial e extrapatrimonial), pode ser responsável pelo dano difuso, ao meio ambiente, ao dano coletivo gerado às famílias de ribeirinhos e o dano individual, sofrido pelo fazendeiro que perdeu toda sua colheita.

Visando determinar “quem” são os sofreram o dano e, por isso, possuem direito de ressarcimento a doutrina alemã propôs-se a investigar um critério. Canotilho, analisando a experiência ensina que a primeira teoria adotada foi a “Teoria do Ato Individual” (*einzelakttheorie*), cujo critério para estabelecimento do dano especial era a “forma do ato limitativo da esfera jurídico-patrimonial do cidadão”⁶⁵². De acordo com a teoria, os danos

⁶⁵⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 1013.

⁶⁵¹CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 66-67.

⁶⁵²CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 273.

impostos por meio de medidas gerais constituiriam simples limitações sociais enquanto as lesões decorrentes de atos individuais seriam sacrifícios especiais, e, portanto, com relevância indenizatória⁶⁵³.

Trata-se de uma teoria verdadeiramente formalista, dando espaço ao surgimento de situações inusitadas e, restritiva, já que somente distinguia entre generalidade absoluta e individualidade completa, assim somente as ofensas de direitos individuais seriam indenizáveis⁶⁵⁴, o que é insustentável para uma sociedade massificada, onde os danos tendem a ser coletivos.

Visando superar o formalismo, surge a “Teoria da Intervenção Individual” (einzeleingriffstheorie), segundo a qual, independente da forma do ato, a especialidade deverá ser aferida no resultado. Todavia, tal teoria não é capaz de contornar a bipolaridade (generalidade-individualidade)⁶⁵⁵ e acaba reproduzindo o aspecto formal presente também na primeira.

A introdução de critérios essencialmente materiais deu-se com a “Teoria da Dignidade de Proteção” (schutzwürdigkeitstheorie) que foi a responsável pelo surgimento do requisito de anormalidade. Tal teoria analisava a especialidade apenas sobre a ótica da relevância do interesse, se merecedor ou não de ser juridicamente protegido. Logo, era na verdade a exclusão do conceito de especialidade, para prestigiar a noção de anormalidade, permitindo concluir que um dano, mesmo que atingisse toda a sociedade de forma igual, sendo suficientemente grave, é reparável⁶⁵⁶.

Na mesma linha, pontua Pedro Henrique Xavier⁶⁵⁷, que sobrevieram a “Teoria da Possibilidade de Exigir” (zumutbarkeitstheorie), a “Teoria da Diminuição da Substância” (substanzminderungs-theorie), a “Teoria da Alienação da Finalidade”

⁶⁵³CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 273.

⁶⁵⁴No Direito pátrio, Amaro Cavalcanti expôs: “o objeto de lesão dever ser um direito individual, na verdadeira significação desse vocábulo; um simples interesse, ou mesmo chamado direito em expectativa, embora realmente prejudicado pela Administração Pública, não pode constituir o objeto em questão. [...] Nem sempre será fácil afirmar que um ato do Poder Público ou do funcionário seja uma violação indiscutível do direito individual; mas o critério no caso não dever ser outro senão o da existência de um direito objetivo adquirido, e, como tal, reconhecido na lei vigente; quer dizer, como direito adquirido só pode ser entendido aquele cujo sujeito possa fazê-lo valer ou reparar por um remédio legal também existente” (CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 343).

⁶⁵⁵CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 276.

⁶⁵⁶XAVIER, Pedro Henrique. Responsabilidade do Estado por atividade lícita: especialidade e anormalidade do dano. **Revista da Faculdade Direito UFPR**. Curitiba, v. 23, n. 0, p. 207-225, 1986. p. 216.

⁶⁵⁷XAVIER, Pedro Henrique. Responsabilidade do Estado por atividade lícita: especialidade e anormalidade do dano. **Revista da Faculdade Direito UFPR**. Curitiba, v. 23, n. 0, p. 207-225, 1986. p. 216-218.

(zweckentfremdungstheorie), ou “Teoria do Gozo Standard”, para J. J. Gomes Canotilho⁶⁵⁸ e a “Teoria do Uso Privado” (privatnutzigkeit) todas acabam propondo-se a definir a anormalidade, ao invés da especialidade.

Parece mais acertado o posicionamento de Yussef Said Cahali⁶⁵⁹, que entende que a noção de dano singular pressupõe circunstâncias objetivas do caso concreto. A delimitação da extensão do grupo admissível (quantificação) e, ainda, quais pessoas e em que medida serão ressarcidas (qualificação) são elementos do ambiente processual (judicial ou administrativo), e não raramente, dependem de perícia e demais elementos de prova, de maneira que cada caso devera ser analisado na sua especificidade, não há uma fórmula geral, como buscaram os alemães⁶⁶⁰.

A anormalidade do dano, por sua vez, é voltada para o interesse lesado, em casos tais a injustiça do dano requer uma análise comparativa no caso concreto, pois, conforme expõe Celso Antônio de Bandeira Mello “a vida em Sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais”, os danos causados nessas circunstâncias não são considerados injustos, logo, não sujeitam o Estado à reparação.

⁶⁵⁸CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 279.

⁶⁵⁹CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 68-69.

⁶⁶⁰Exemplificando a posição, cita-se excerto do voto do Min. Carlos Velloso: “Parece-me indubitoso que o viaduto, cuja construção se fez por exigência do interesse público, afetou grupo de pessoas ou grupo de imóveis situados em frente ao mesmo viaduto. E, conforme sustentam, com propriedade os recorrentes, ‘mesmo que tivesse, a título de argumentação, afetado todo bairro, não deixaria de ter afetado apenas um grupo de pessoas’. E, parece-me indubitoso, outrossim, que o dano foi anormal, mesmo considerando o grande centro urbano onde ocorreu. Vale, no ponto, invocar, o voto vencido, do desembargador Arthur de Godoy, no julgamento da apelação, que, com propriedade, argumentou: ‘(...) 2. No caso, inegável foi o detrimento para o imóvel residencial de propriedade e uso dos demandantes, em razão da construção do viaduto Ari Torres que, a partir da sua vida marginal esquerda, transpõe o Rio Pinheiros, endereçando-se para a Avenida dos Bandeirantes, como segmento do anel viário. É que, implantado sobre terrenos antes edificadas do bairro, a obra, em seu trecho inicial já em elevação, se colocou numa distância de quarenta metros do imóvel. E, atraindo enorme fluxo de veículos, importou em aumentar o nível de ruído, no local do prédio, a limites excedentes da normalidade. Isso além de tornar devassada a residência, à observação lançada do piso mais elevado do viaduto” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Extraordinário nº. 113587/SP. Constitucional. Civil. Responsabilidade Civil do Estado. C.F/1967, art. 107. C.F/88, art. 37, par.6. I. A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, e isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, e devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos onus e encargos sociais. II. Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação. III. R.E. conhecido e provido. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 18.02.1992. Publicado no Diário de Justiça em: 03.04.1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=204090>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

Para ser considerado injusto, o dano deverá revelar uma gravidade que exceda os encargos normalmente exigíveis em contrapartida aos benefícios auferidos pelo funcionamento dos serviços públicos, deve ser destoante do que a doutrina alemã chama de pequenos sacrifícios (*Bagattelschaden*) ⁶⁶¹. Em aferir a gravidade é que consiste a complexidade do tema.

Para tanto, J.J Gomes Canotilho, aduz que a “Teoria do Gozo Standard”, que aponta como fundamental para a consagração da anormalidade como exigência, estabelece que “perante a ação dos poderes públicos é garantido o gozo médio ou *standard* dos bens pertencentes ao particular de modo que quando este gozo é tolhido por um ato normativo ou administrativo, estamos em presença de um ato ablatório gerador de indemnização” ⁶⁶².

Ocorre que a mencionada teoria é parcial, só se aplica quando presente o direito de propriedade ⁶⁶³, o que dizer quando aos demais direitos, relativos ao acervo patrimonial e extrapatrimonial. Retomando o exemplo da construção da hidroelétrica, não se pode dizer anormal o dano sofrido pelos ribeirinhos que não podem mais gozar do turismo que o rio trazia e dos indígenas, não seriam atingidos na sua esfera extrapatrimonial por terem que abandonar uma reserva onde diferentes gerações habitaram? ⁶⁶⁴

⁶⁶¹Transcreve-se a lição de Canotilho: “os pequenos sacrifícios, oneradores de alguns cidadãos, constituem simples encargos sociais, compensados por vantagens de outra ordem proporcionadas pela atuação da máquina estatal. Se o dano não exceder os encargos normais exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência e funcionamento dos serviços públicos, não há lugar ao pagamento de indemnização, sob pena de insolúveis problemas financeiros, paralisadores da atividade estadual. Noutros casos, os prejuízos já não são, propriamente, *Bagattelschaden* [pequenos sacrifícios], antes revelam uma certa gravidade, mas falta-lhes o requisito da especialidade, ou seja, a incidência desigual sobre um cidadão ou grupo de cidadãos. Havendo um encargo generalizado, vedado está, em via de princípio, pretender demonstrar a imposição de um sacrifício desigual perante os outros concidadãos” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 276.).

⁶⁶²CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 280-281.

⁶⁶³Segundo exposto pelo jurista lusitano: “Se a lei regulamentar o direito de propriedade respeitando o destino do bem, ou se ela se contenta com impor ao proprietário obrigações que permitem um uso conforme a função do bem, o direito de disposição do proprietário está submetido a restrições enquadradas nos limites permitidos pela sua função social. Se, pelo contrário, se impõe ao proprietário uma obrigação que altera o destino do bem, já não está em questão um simples limite derivado da função social da propriedade” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 279).

⁶⁶⁴Entendo pela possibilidade de fixar dano moral em razão de dano anormal e específico por atuação lícita do Estado: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº. 926140/DF. Processual civil. Administrativo. Intervenção do Estado no domínio econômico. Responsabilidade objetiva do Estado. Fixação pelo poder executivo dos preços dos produtos derivados da cana-de-açúcar abaixo do preço de custo. Dano moral. Indenização cabível. Juros moratórios. Cabimento. Correção monetária devida. Pedido implícito. Expurgos. Tabela única. 29. Doutrina especializada pugna ser inegável ter o setor sucroalcooleiro sofrido dano especial e anormal na medida em que, enquanto sabidamente os agentes econômicos em geral puderam recompor os seus preços, os produtores de cana, açúcar e álcool viram-se obrigados a praticar os preços impostos pelo governo federal, que mostravam-se inferiores aos níveis mínimos de rentabilidade decorrentes de critérios técnicos razoáveis e previstos em lei. (Mário Luiz Oliveira da Costa, in “Setor Sucroalcooleiro - Da rígida intervenção ao livre mercado” - Editora Método - São Paulo – páginas 126/131). Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento

Vê-se, portanto, que também a questão relativa à gravidade é também aferida no plano concreto⁶⁶⁵. A jurisprudência e doutrina poderão estabelecer algumas situações mais comuns, como é o caso de inviabilidade de uso de imóvel ou redução de preço de imóvel por obras públicas, no entanto, é na análise do caso, especialmente pelo manejo do Princípio da Proporcionalidade, em que se poderá dizer qual é a gravidade do dano e se este é anormal.

Nesse contexto, lembrando o que foi exposto nos tópicos 1.1.2 e 1.1.3, é questão de encontrar equilíbrio entre a responsabilidade como mecanismo de conservação de direitos fundamentais, no Estado de Democrático de Direito, de onde se abstrai o mandamento de que os danos causados pelo Estado por atuação lícita ou ilícita devem ser indenizados e o Princípio da Solidariedade, que enquanto fundamento ético-jurídico funciona, também, para determinar que danos ditos comuns a toda sociedade sejam igualmente repartidos.

Por fim, destaca-se que os referidos requisitos, em que pese aludem a dois momentos distintos, um voltado para análise do sujeito passivo e outro para a lesão ao bem jurídico, não podem ser segregados, de maneira que ambos devem estar presentes de forma cumulativa, para que nasça o dever de indenizar.

2.2 NEXO DE CAUSALIDADE E A EROSÃO DO PILAR DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A causalidade não é aspecto exclusivo do Direito, mas trata-se de um gênero de determinação aplicável aos objetos pertencentes do domínio fático, do qual se excluem apenas os objetos lógicos e matemáticos⁶⁶⁶. Aos objetos fáticos que se acham em um ponto do tempo e do espaço, como estado, início ou mudança de estado, em estática ou em transformação, existindo ou vindo a existir não há que se falar em autodeterminação, pois não pode ser a um só tempo causa e efeito, necessário que é a polaridade relacional dos termos⁶⁶⁷⁻⁶⁶⁸.

em: 01.04.2008. Publicação no Diário de Justiça: 12.05.2008. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700320959&dt_publicacao=12/05/2008>.
Acesso em: 08 dez. 2018.

⁶⁶⁵No mesmo sentido: SILVA, Ana Pereira. **O conceito danos ou encargos especiais e anormais: análise da sua aplicação doutrinária e jurisprudencial**. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito do Porto, Porto, 2017. p. 28.

⁶⁶⁶VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 27.

⁶⁶⁷VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 27-28.

⁶⁶⁸Segundo Lourival Vilanova: “Sendo causa-de-si-mesmo, seria a um só tempo causa e efeito, o que destruiria a polaridade relacional de dois termos. Seria um começo absoluto, ou um término absoluto, quando na sucessividade relativa as posições de causa e efeito são pontos de uma relação seria infinita. Ou, pelo menos, constitui uma trajetória que se fecha como um sistema de pontos, onde não se pode fixar o ponto inicial e o

A causalidade, como gênero de determinação articuladora do domínio fático, em que pese tenha um intuito de abstração generalizadora, deve submeter-se as distinções presente nos fatos que se propõe e regular. Desta maneira, a causalidade como relação causa-efeito atua sobre os elementos diferenciais dos subdomínios fáticos (físico, biológico, psíquico, sócio-histórica), formando subtipos de uma lei universal⁶⁶⁹, e pode ser distinguida em causalidade física e normativa⁶⁷⁰⁻⁶⁷¹, esta última aplica-se do Direito.

O Direito não se encontra alheio as noções da causalidade física, mesmo porque há uma relação de causalidade natural entre a conduta e o resultado, que serve, inclusive, de suporte fático para que haja atuação normativa. Tem-se que o simples ingressar da conduta geradora do resultado no antecedente normativo, tornando-o relevante para o Direito, faz existir a juridicização da relação causal⁶⁷² e, no presente caso, o nascimento do dever de indenizar.

Em síntese, tal abordagem é o que permite ao Direito aplicar aos fatos selecionados efeitos juridicamente relevantes, podendo aquela causalidade natural presente no fato originar figurar como suporte fático causal para incidência de distintas normas, cada uma estabelecendo deonticamente a causalidade jurídica⁶⁷³.

Especificamente, no âmbito da responsabilidade civil tal sistemática é o que permite a reparabilidade dos danos, afastando uma responsabilização amplíssima que torne inviável sua concretização, isso porque a causalidade jurídico-normativa possui a importante característica de recortar a causas reputando-lhe valor jurídico para estabelecer de forma mais fidedigna a

ponto terminal” (VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 28).

⁶⁶⁹VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 28.

⁶⁷⁰VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 60-61.

⁶⁷¹Recorre-se a clareza de Lourival Vilanova para apresentar a distinção entre causalidade física e normativa: “Por causalidade física entendemos a causalidade não-normativa, seja a causalidade natural, seja a causalidade sociológica. Esta compreendendo as relações que efetivamente se dão na realidade social, não as relações que devem se dar. A causalidade natural pode ser componente do suporte fático. Assim, para que a sanção penal deva ser aplicada, o sistema jurídico requer que o sujeito A seja a causa do dano. Que sua conduta corresponda ao pressuposto fático, à hipótese, em que se delineia o antijurídico típico. Que sua conduta seja a causa imediata do resultado, que, sem a conduta do sujeito A, o dano patrimonial ou pessoal, alcançando o objeto de direito subjetivo de B, não se verificaria” (VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 61).

⁶⁷²VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 60-62.

⁶⁷³VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 63.

relação entre causa-efeito, para o presente estudo “nexo de causalidade”, opondo-se ao que se dá na esfera causal-naturalística, em que as séries causais são ininterruptas⁶⁷⁴.

O nexo causal, portanto, parte do conceito jurídico de causa, se diferenciando da concepção adotada na relação de causalidade natural que é suporte fático, realizando um recorte para que nem tudo que no mundo fático é (ou possa vir a ser) considerado como causa de um determinado evento também o seja no domínio jurídico. Logo, a causalidade normativa permite um rompimento com as noções da causalidade jurídica, possibilitando, que pela imposição da norma a pessoa responsável não seja a mesma que concretizou a conduta⁶⁷⁵, atribuindo-se a um ente, como o Estado, ou então à um terceiro, como os pais, ainda permitindo-se que uma pessoa se responsabilize por dano causado por animal ou coisa que estivesse sobre seu cuidado.

Vê-se que nexo de causalidade, como elemento da responsabilidade civil, apresenta importância fundamental, podendo-se afirmar que o dever de reparação depende da escorreita demonstração do nexo de causalidade ligando determinada conduta ao resultado danoso⁶⁷⁶. No âmbito da responsabilidade objetiva, na qual se inclui a responsabilidade do Estado, sua importância é ainda mais acentuada, nesse caso rol de elementos fundamentais estreita-se, com a desnecessidade de analisar a culpa, assim cumpre ao ofendido a prova do dano indenizável (certo, imediato e injusto) e da existência de nexo de causalidade entre ele e a ação ou omissão do Estado (ou quem lhe faz as vezes) para que reste caracterizada a responsabilidade.

Logo, a prova do nexo causal é o ponto fulcral, em última instância, o próprio pilar da Responsabilidade Civil do Estado⁶⁷⁷, sendo dispensável a comprovação ou alegação de culpa do agente público, o Estado tem como único subterfúgio para eximir-se ou atenuar sua responsabilidade demonstrando que houve quebra do nexo de causalidade ou concorrência de outros atos na obtenção do resultado danoso.

⁶⁷⁴VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 62.

⁶⁷⁵CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2015. p. 460.

⁶⁷⁶Acerca do nexo causal explica Adriano De Cupis: “Rapporto di causalità è il legame che intercede tra due diversi fenomeni, per cui l’uno assume figura di effetto rispetto all’altro: quando un fenomeno sussiste in ragione dell’esistenza di un altro fenomeno, esso si dice ‘causato’ da questo, ad indicare che un rapporto di causalità si inserisce tra entrambi. Più precisamente, rapporto di causalità è il nesso eziologico materiale (ovverossia, oggettivo os esterno) che lega un fenomeno as un altro; esso per quanto concerne il danno, costituisce il fattore della sua imputazione materiale al soggetto umano” (DE CUPIS, Adriano. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1966. p. 215).

⁶⁷⁷DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book (p. 896). ISBN 978-85-309-7956-0.

Ressalta-se, ainda, que a importância do nexo causal não é apenas estrutural determinado quem e o que deverá ser indenizado, constituindo-se também em um poderoso filtro de reparação, especialmente com a relevância assumida pela Responsabilidade Civil Objetiva que minimizou a potencialidade da culpa como filtro indenizatório⁶⁷⁸. Todavia é, também, nesse elemento que reside as maiores inquietações, especialmente pela complexidade da delimitação do conceito jurídico de causa, de maneira que Caio Mário já chegou inclusive a afirmar que “este é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado”⁶⁷⁹.

2.2.1 Teorias do nexo causal: da conditio sine qua non à “Teoria do Dano Direto e Imediato”

As discussões acerca do nexo de causalidade deram origem a dois grupos de teorias: generalizadora, que tem com representante a “Teoria da Equivalência dos Antecedentes”, e as individualizadoras, que engloba a “Teoria da Causa Próxima”, as teorias da “Causa Eficiente” e da “Causa Preponderante”, da “Teoria da Causalidade Adequada” e a “Teoria do Dano Direto e Imediato”⁶⁸⁰, as quais se passa a estudar.

As teorias do nexo causal têm como objeto traçar, dentre todos os eventos, qual (ou quais) é determinante para a ocorrência do dano, a esse se denomina causa e, as demais, condições⁶⁸¹. Nesse contexto, consideram-se condições todos os fatores ou eventos que se encontram na origem de um dano e sem os quais ele não teria sido produzido, as quais se abstraindo altera-se o resultado danoso, enquanto a causa é aquela (as) condição (es) que é determinante para o resultado⁶⁸².

Dentre as teorias construídas para traçar os contornos da causalidade na responsabilidade civil, a primeira delas surgida no início da década de 60 do Século XIX e de matiz alemã se atribuiu à Maximilian von Buri, sendo posteriormente refinada por outros juristas⁶⁸³, foi a Teoria da Equivalência das Condições. Essa teoria equipara todas as

⁶⁷⁸SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 56.

⁶⁷⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 76.

⁶⁸⁰SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 154.

⁶⁸¹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 613.

⁶⁸²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 613.

⁶⁸³É o caso de Franz Von Liszt que introduziu a possibilidade de que uma nova série causal, distinta da primeira, seja aquela que gerou o dano, rompendo com a série anterior ou, melhor, quebrando o nexo causal (NOVAES, Domingos Riomar. **Nexo causal como realidade normativa e presunção de causalidade na responsabilidade**

condições da cadeia causal transformando-as em causa, alijando assim a noção de causalidade jurídica para volver-se inteiramente à causalidade natural.

No contexto da *conditio sine qua non*⁶⁸⁴, como também ficou conhecida, é indiferente falar em causas ou em condições do dano, pois um evento sempre será considerado causa de um dano quando for possível afirmar que este não teria ocorrido sem que aquele se houvesse concretizado. Logo, a causa insere-se em cada uma das condições, pois sem o concurso de todas elas o resultado não seria verificado⁶⁸⁵.

A mencionada teoria obteve grande relevância no âmbito da responsabilidade penal e, ainda hoje, é observável no art. 13 do Código Penal Brasileiro⁶⁸⁶. Na esfera penal sua aplicabilidade tornou-se possível pela preexistência de dois poderosos filtros: a tipicidade e o elemento subjetivo⁶⁸⁷, mas também nessa esfera não ficou isenta de críticas⁶⁸⁸.

De outro lado, na esfera da responsabilidade civil, em que pese tenha assumido alguma relevância, seja por sua aplicação simplificada ou por permitir a reparação das vítimas, e, como já se viu, no período que sucedeu a industrialização a indenização dos ofendidos assumiu grande importância⁶⁸⁹, não logrou êxito. A verdade é que sua aplicabilidade na esfera civil torna-se inviável por seus excessos.

A aplicação da Teoria da Equivalência das Condições levaria a ocorrência de absurdos em razão de sua amplitude, atingindo todos os que de alguma forma contribuíram com os

civil. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2016. p. 27. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/106440/nexo_causal_realidade_novaes%20.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2018).

⁶⁸⁴A mesma teoria ainda possui outras denominações, na literatura de língua inglesa, é comumente designada como *cause in fact*, *but-for cause* ou *without-which-not cause* e, na Alemanha, como *Bedingungstheorie* (NOVAES, Domingos Riomar. **Nexo causal como realidade normativa e presunção de causalidade na responsabilidade civil.** 2016, p. 26).

⁶⁸⁵Nas palavras de Von Buri, em tradução livre, tem-se que “considera-se causa de um fenômeno todas as forças que, de qualquer maneira, participaram de sua produção. Isso porque a existência deste fenômeno fica a depender, de tal modo, de cada uma dessas forças de maneira que pela supressão de apenas uma delas, teríamos como consequência a supressão do próprio fenômeno.” (VON BURI, Maximilian. **Über Kausalität und deren Verantwortung.** Leipzig: Gebhardt, 1873. p. 1. Disponível em: <http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/buri_causalitaet_1873?p=6>. Acesso em: 09 dez. 2018).

⁶⁸⁶Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

⁶⁸⁷NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 615.

⁶⁸⁸Ocorre que mesmo na seara penal é inevitável a superação da Teoria da Equivalência das Condições, nesse sentido: NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 617; CUNHA GONÇALVES, Luiz. **Tratado de direito civil.** v. 12. Coimbra: Coimbra Editora, 1937. p. 440; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** 4ª Ed. V.1, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 66.

⁶⁸⁹Essas características atraíram importantes juristas que defenderam sua aplicação nos diferentes ordenamentos jurídicos é o caso de Jaime Augusto Cardoso de Gouveia, em Portugal, Mazeaud e Mazeaud, Lalou, Demongue, Marteau e Planiol-Ripert, na França e Henri de Page, na Bélgica (SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 117).

eventos que compõe a cadeia causal, sem o agente limitador da tipicidade⁶⁹⁰, ou como aduz Gustavo Tepedino: uma “desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar imputado a um sem-número de agentes”⁶⁹¹. É nesse sentido que destacam Malaurie e Aynès que a teoria teria levado muito longe as implicações da responsabilidade ao atribuir um dano a um número infinito de causas, de maneira que tenderia “a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade”⁶⁹²⁻⁶⁹³.

A mencionada teoria, para além de autorizar a ocorrência de injustos, elimina a análise da proporcionalidade nas situações em que é verificável a existência de concausas ao tornar equivalente todos os eventos que de alguma forma contribuíram para o dano.

Por tal situação gerada pela teoria, passou-se associar o nexo de imputação como fator para correção da imprecisão da *conditio sine qua non* visando obter a partir da culpabilidade um filtro para os atos efeitos injustos, à semelhança do que se dá no âmbito penal. Neste contexto, uma vez apurada a culpa, seria indenizável todos os danos que não teriam ocorrido sem o fato culposos⁶⁹⁴.

No entanto, tal manipulação dos elementos da responsabilidade civil não só acaba por inverter o caminho lógico para a sua configuração, que é primeiro verificar se a conduta do agente foi quem deu causa o resultado e só depois de estar estabelecida tal relação averiguar se agiu com culpa, como também não se aplica aos casos de responsabilidade objetiva, cada vez mais crescente.

Ademais, se um por um lado a teoria é verdadeiramente excessiva, por outro acaba por ser insuficiente em outros aspectos, como ocorre, por exemplo, nos casos em que há causa virtual, causalidade indeterminada, causalidade dupla ou responsabilidade por omissão.

⁶⁹⁰ Exemplifica Anderson Schreiber: “a conduta do vendedor de material esportivo pode ser considerada causa, porque a *conditio sine qua non*, do dano provocado por uma bola de golfe que venda a um jogador, o qual deliberadamente ou por infortúnio, vem a acertar, durante a partida, um passante. Já não pode, todavia, ser o vendedor considerado penalmente responsável por falta de atipicidade de sua conduta, que, sendo lícita, não se encaixa em qualquer tipo descrito na codificação criminal. O mesmo não aconteceria na esfera cível, onde a atipicidade do ato ilícito resultaria em responsabilização do comerciante, efeito claramente indesejável, por sua sonora injustiça” (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 57).

⁶⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001. p. 6.

⁶⁹² AYNÈS, Laurent; MALAURIE, Philippe. *Droit Civil* Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 78.

⁶⁹³ É a lição de Caitlin Sampaio Mulholland: “A aplicação da teoria da causa sine qua non significaria em última instância a responsabilidade integral daqueles que participaram da cadeia causal, na medida em que a adoção desta teoria é incompatível com a existência de excludentes de responsabilidade, tais como o fato de terceiro ou a culpa exclusiva da vítima. Isto se daria porque, mesmo havendo um fator concorrente ou sucessivo modificando a sequência causal, ainda assim permaneceria a responsabilidade daquele que contribuiu, originalmente, condicionando a realização do dano” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 148).

⁶⁹⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 616.

A verdade é que a Teoria da Equivalência dos Antecedentes peca pelo apego excessivo à noção de causalidade natural, ignorando os preceitos jurídicos da causalidade jurídico-normativa⁶⁹⁵. E não foi a única, sendo seguida pela “Teoria da Causa Próxima” e pelas teorias da “Causa Eficiente” e da “Causa Preponderante”⁶⁹⁶, que apesar de já distinguirem causas e condições, não fazem uso da causalidade-normativa para determiná-las.

A “Teoria da Causa Próxima”, com matiz eminentemente filosófico, baseava-se na distinção de causa próxima e remota delineada por Francis Bacon⁶⁹⁷ para solucionar em algum aspecto os excessos da *conditio sine qua non*. Para tanto entendia ser inviável a análise todas as causas que geram o efeito danoso, pelo regresso infundável, sendo assim, seria suficiente uma análise da causa imediata, cujo estabelecimento se dá a partir de um critério temporal, de maneira que se torna desnecessário regressar ao evento que mesmo sendo considerado causa do dano possui esta uma ligação remota⁶⁹⁸⁻⁶⁹⁹.

Já as teorias da “Causa Eficiente” e da “Causa Preponderante”, apresentam um refinamento em relação à “Teoria da Causa Próxima”, uma vez que negam a utilização de um critério temporal para estabelecer o evento que seria considerado causa, em lugar disso estabelece como causa a condição que mais contribuiu quantitativa ou qualitativamente para o resultado⁷⁰⁰, ou seja, a condição determinante para o processo causal⁷⁰¹.

Nesse sentido, nega que todas as condições estejam equiparadas, para então realizar uma análise dos antecedentes causais pautada: “(i) na causa que produz o resultado; (ii) a condição que não produz o resultado, mas de alguma forma remove obstáculos para atuação da causa; e (iii) a ocasião que favorece a operatividade da causa eficiente”⁷⁰².

Todavia, possuem o inconveniente de ter que se estabelecer, no caso concreto, qual das condições que contribuíram para o evento danoso aquela que pode ser considerada mais

⁶⁹⁵ Gisela, Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 48-49.

⁶⁹⁶ Segundo Fernando Noronha, tais teorias ainda são frequentemente aplicadas em países de *common law*, muito embora apareçam desfiguradas, sendo muito comum a identificação de causa próxima com causa eficiente (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 622).

⁶⁹⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 622.

⁶⁹⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 53.

⁶⁹⁹ Ressalta Gisela Sampaio da Cruz que a mencionada teoria, em que pese tenha tido maior aceitação na Inglaterra, acabou sendo de alguma forma inspiração para o Direito Francês, Italiano e, em última medida, do Brasil, pois constitui uma base para a restrição dos danos ressarcíveis como aqueles causados de forma direta e imediata pela inexecução (CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. . p. 54).

⁷⁰⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 59.

⁷⁰¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, 2010. p. 622.

⁷⁰² CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 58-59.

eficiente ou preponderante, deixando ao arbítrio do julgador tal determinação, pois, como ensina Anderson Schreiber, seus ilustres defensores (Birkmeyer, Stoppato e Köhler) jamais logram êxito em traçar os critérios mais ou menos objetivos que permitissem identificar a causa⁷⁰³.

Diante da impossibilidade de tais teorias atenderem aos anseios científicos do Direito, surge no horizonte jurídico a “Teoria da Causalidade Adequada”. Atribuída à Ludwig von Bar e aperfeiçoada pelo filósofo alemão von Kries⁷⁰⁴, nas décadas finais do século XIX, sendo-lhe, muitas vezes equivocadamente atribuída. Essa teoria passa a enfrentar a relação de causalidade como uma questão científica de probabilidade⁷⁰⁵, de maneira que é considerada causa a condição que, de acordo com a experiência comum, tem a probabilidade de produzir o resultado.

A “Teoria da Causalidade Adequada” enfrenta a questão da causalidade em dois momentos distintos⁷⁰⁶: primeiramente, estabelece-se para o caso concreto o processo causal que originou o dano, após formula-se, no plano abstrato, um juízo de probabilidade pautado na experiência comum, para eleger dentre as condições aquela (as) que é mais adequada para a causação do dano, sendo essa (as) considerada (as) causa (as).

Nesse contexto, a teoria da causa adequada parte da observação daquilo que comumente acontece na vida (*id quod plerumque accidit*) para distinguir causa de condição⁷⁰⁷. Logo, é necessário perquirir se a relação de causalidade entre o evento ao qual supostamente é atribuído o *status* de causa e dano sempre será verificada, ou se sua ocorrência deu-se especialmente no caso analisado⁷⁰⁸⁻⁷⁰⁹.

A fim de determinar de um dano é consequência normal do evento, utiliza-se o método da prognose retrospectiva, que é o processo mental de abstração em que o observador posiciona-se em momento anterior ao evento danoso e tenta realizar um juízo de

⁷⁰³SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 60.

⁷⁰⁴CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. . p. 64.

⁷⁰⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 79.

⁷⁰⁶SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

⁷⁰⁷NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 627.

⁷⁰⁸ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 369.

⁷⁰⁹Nas palavras do autor: “Apreciando certo dano, temos que concluir se o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas pergunta-se, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância acidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada.” (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 369).

probabilidade, pautado nas regras da experiência comum, visando identificar que a ocorrência do evento ocasionaria o dano. Concluindo o observador que o dano era imprevisível, não há relação de causalidade e, portanto o evento não pode ser considerado causa adequada, de outro lado, se a conclusão for de previsibilidade, há o estabelecimento do liame causal⁷¹⁰.

No entanto, permanecia sem resposta um problema prático: o critério para definição de causa adequada, nos casos em que há uma multiplicidade de condições que podem ser alçadas ao status de causa. E para solucioná-lo a teoria foi bipartida entre uma formulação positiva, atribuída à Träger⁷¹¹ e negativa, criada por Enneccerus⁷¹²⁻⁷¹³.

Para os adeptos da formulação positiva o evento é considerado causa adequada do dano se favorece a produção desse *in abstracto*⁷¹⁴, ou seja, sua contribuição é ativa. De outro lado, na perspectiva negativa parte-se da análise de causas inadequadas, realizando um juízo de expurgação: se todas as possíveis causas forem excluídas por serem consideradas estranhas ou indiferentes ao fato lesivo⁷¹⁵ não há nexos causal, todavia, se ao fim permanecer incólume algum evento, esse pode ser considerado causa adequada⁷¹⁶.

Como se vê, a “Teoria da Causalidade Adequada” apresenta um teor normativo-jurídico não detectável em suas predecessoras, pois a relação de causalidade não é considerada no seu aspecto físico ou psíquico, é dizer, a análise em abstracto prescinde da relação fática concreta entre o evento e dano. Por isso mesmo, acabou sendo bem aceita pela doutrina pátria, defendendo-se, inclusive sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro⁷¹⁷.

⁷¹⁰NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 628.

⁷¹¹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 628.

⁷¹²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 629.

⁷¹³A formulação negativa é a que mais concentra adeptos, na doutrina brasileira dentre os quais se pode mencionar: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações**. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1975, p. 184; NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 630; VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. 1. 10ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 892.

⁷¹⁴NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 628.

⁷¹⁵LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, 1959, p. 200 Apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157.

⁷¹⁶Fernando Noronha, adepto da “Teoria da Causalidade Adequada” entende que a formulação negativa é que possui melhor desempenho. O autor expõe as seguintes razões: primeiramente porque torna clara a razão da subsistência do nexos causal, mesmo quando outros fatos tenham contribuído para o evento danoso; em segundo plano, porque dilata o âmbito da causalidade, de maneira que o nexos causal ficará patente não só nas hipóteses cobertas pela formulação positiva, mas também naquelas em que não se possa afirmar ser o dano efeito provável da causa posta; em terceiro lugar por ser mais favorável para o lesado, uma vez que torna mais fácil a prova do nexos de causalidade e, por fim, é vantajosa na aplicação dos casos de simples modificação dos riscos a que a coisa ou pessoa estavam sujeitas (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 630-634).

⁷¹⁷Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações**. 1975, p. 184; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 2012. p. 52; DIAS, José de Aguiar. v. 2. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 695; NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 636-638;

Ocorre que, como bem ensina Caio Mario da Silva Pereira “depois de ter surgido, bafejada por uma aura de prestígio, a doutrina da ‘causalidade adequada’ sofreu vigorosa crítica” ⁷¹⁸. A imprecisão dos critérios para determinação da causa adequada e a fluidez do próprio conceito de adequação ⁷¹⁹, são questões relevantes. Todavia, a principal crítica realizada à teoria é devido à incerteza inerente a avaliações da normalidade e probabilidade ⁷²⁰, isso porque em um apego excessivo à abstração para determinar o caráter de “adequado” de determinado dano exige uma análise a partir da probabilidade do dano, “mas probabilidade não é certeza” ⁷²¹. Ademais, tal análise fica a critério do juiz e, somando-se a falta de elementos que delimitem a noção de causa adequada, acaba por dar azo à arbitrariedades ⁷²².

No âmbito específico da responsabilidade civil do Estado, Gomes Canotilho alertava que o abstracionismo da “Teoria da Causalidade Adequada” acaba por afastar o dever de indenização do Estado em circunstâncias, acentuadamente no caso de responsabilidade por atos lícitos, deixando de haver reparação mesmo que no mencionado caso, se fosse realizada uma análise concreta restaria evidente o nexo causal ^{723 - 724}.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 243; **Comentários ao Novo Código Civil**. v. V. t. II: Do Inadimplemento das Obrigações. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 132-134; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 39; BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Enunciado 47. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil>>. Acesso em: 09 dez. 2018. Em âmbito jurisprudencial: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 1615971/DF. Recurso especial. De brazuca auto posto LTDA. - EPP e Jayro Francisco Machado Lessa. Civil. Responsabilidade civil. Vazamento de gasolina em posto de combustível. Danos materiais e ambientais de grandes proporções. Nexos de causalidade. Teoria da causalidade adequada. Concorrência de causas. Reconhecimento de responsabilidade recíproca dos litigantes pela eclosão do evento danoso. Indenização dividida proporcionalmente entre as partes. Negado provimento ao recurso especial. 2. Recurso especial da Petrobrás Distribuidora S.A. Processual civil. Apelação única. Interposição contra duas sentenças. Processos distintos. Alegada ofensa ao instituto da preclusão. Julgamento do Resp 1.496.906/df. Reconhecimento da perda de objeto. Apelo especial não conhecido. (...). Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento em: 27.09./2016. Publicação em: 07.10.2016. Disponível no Diário de Justiça em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502017766&dt_publicacao=07/10/2016>. Acesso em: 09 dez. 2018.

⁷¹⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 79.

⁷¹⁹CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. . p.. 79.

⁷²⁰SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 59.

⁷²¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 79.

⁷²²CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. . p. 83.

⁷²³CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 313-314.

⁷²⁴O exemplo adotado pelo Professor português é referente à vacinação obrigatória, considerando o fato de que pelas constituições pessoais de um indivíduo este, após receber a vacinação obrigatória do Estado vem a falecer em razão da vacina que lhe foi aplicada. Ocorre que nesse caso a reação do indivíduo é atípica, de maneira que um juízo de abstração embasado no curso normal da vida tornaria o mencionado dano não indenizável

Por outro lado, há também problema em se aferir a causalidade apenas abstratamente é que não raramente um evento será causa adequada à produção do dano no plano abstrato, todavia, por ter havido uma interrupção da cadeia causal verificável no âmbito concreto, não poderá ser efetivamente tratado como causa⁷²⁵. Para suprir essa deficiência, surge a “Teoria da Interrupção do Nexo Causal”, mais conhecida como “Teoria do Dano Direto e Imediato”.

Conforme ensina Gustavo Tepedino as teorias acima foram rejeitadas, porque gerariam resultados exagerados e imprecisos ao estabelecerem um nexo de causalidade entre todas as possíveis causas de um evento danoso e os resultados efetivamente produzidos, seja por que se equivalem, seja porque são abstratamente adequadas a produzi-los⁷²⁶.

A “Teoria do Dano Direto e Imediato” surge então como uma superação das demais, concebida com a vantagem de possuir uma formulação menos filosófica e complexa⁷²⁷, além de demonstrar uma desvinculação da causalidade natural, a qual suas antecessoras continuavam em alguma medida atreladas e, principalmente, por permitir um recorte entorno do conceito de dano indenizável.

Tais características influenciaram o grande prestígio que a teoria alcançou entre os civilistas, bem como sua adoção por distintos ordenamentos jurídicos⁷²⁸, dos quais se destaca o brasileiro, nos termos da redação do art. 1.060 do Código Civil Brasileiro de 1916, reproduzido pelo art. 403, do Código Civil atual⁷²⁹.

(CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 314-315).

⁷²⁵Fernando Noronha, visando solucionar esse inconveniente na aplicação da “Teoria da Causalidade Adequada” afirma que se deve, primeiramente, fazer um juízo concreto com base na *condicio sine qua non* do dano, para só posteriormente realizar uma análise abstrata (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 636), em sentido similar, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino acredita que a solução é uma compatibilização entre as teorias analisadas, associando-se a condicionalidade da “Teoria da Equivalência dos Antecedentes” como pressuposto da “adequação”, da “Teoria da Causa Adequada” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 158).

⁷²⁶TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001. p. 7.

⁷²⁷SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 60.

⁷²⁸Segundo Pablo Malheiros da Cunha Frota, a “Teoria do Dano Direto e Imediato” pode ser identificada no art. 1.151 do Código Civil Francês; no art. 1.107 do Código Civil Espanhol, nos artigos 520 e 521 do Código Civil Argentino e no art. 1.223 do Código Civil italiano (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 90)

⁷²⁹Nesse sentido: FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 90.; ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 372; GOMES, Orlando. **Obrigações**, 1997, p. 273; SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**, 2012. p. 60; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001. p. 7; SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**, 1974. p. 131-133; LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – Crítica à luz do Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, 1990. p. 127. Na jurisprudência: BRASIL, Supremo Tribunal Federal

O desenvolvimento da “Teoria do Dano Direito e Imediato” foi atribuída à Demoulin e Pothier⁷³⁰, este ao tratar dos danos e prejuízos decorrentes da falta ou retardo no cumprimento das obrigações questiona: “Mas ¿ se extenderá la responsabilidad del deudor á todos los otros perjuicios que mas lejana é indirectamente derivan del dolo?”. Para responder ao questionamento exemplifica o autor que um pecuarista vendeu bois com doença contagiosa, e estes colocados em contato com o restante do rebanho do comprador infectou-o, perdendo todos os bois. Acrescenta o autor, ainda, que após morrerem os bois, comprador não pode mais cultivar suas terras, em razão disso não pode pagar aos seus credores, que executaram suas dívidas e tomaram seus bens. Nesse contexto, Pothier remete os demais danos, como se fossem remotos e questiona se também quanto a esses o vendedor tem o dever de indenizar.

Concluiu o autor que “no deben comprenderse en los daños y perjuicios, cuyo pago incumbe al deudor doloso, aquellos que además de ser una consecuencia remota del dolo, no derivan de él necesariamente, y pueden tener al mismo tiempo otras concausas”⁷³¹.

Diante disso, pode-se extrair que para a “Teoria do Dano Direito e Imediato” não são todos os danos que estão sujeitos à responsabilização, pois somente serão indenizáveis os danos decorrentes do evento lesivo de forma direta e imediata⁷³². É essa relação de vinculação que estabelece dentre todas as condições a que possuirá o *status* de causa, bem como que se sobressaindo uma condição que se ligue direta e imediatamente ao dano, essa romperá a cadeia causal, eximindo da responsabilidade o autor daquela causa e passando a ser considerada causa

Nesse contexto, a responsabilidade civil do Estado ocorre quando há uma relação direta e imediata entre a conduta ou omissão⁷³³ dos agentes vinculados às pessoas jurídicas de

(Primeira Turma). Recurso Extraordinário nº 130.764/PR. (...) Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quando ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada (...). Rel. Min. José Carlos Moreira Alves. Julgamento em: 12.05.1992. Publicação em: 07.08.1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>>. Acesso em: 11 dez. 2018

⁷³⁰CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 83.

⁷³¹POTHIER, Robert Josef. **Tratado de las Obligaciones**. Barcelona: Imprenta e Litografia J.Roger, 1839. p. 100.

⁷³²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 621.

⁷³³João Batista Gomes Moreira entende que no que se refere à responsabilidade por omissão do agente público há aplicação da “Teoria da Causalidade por Omissão”, em que cumpre demonstrar que o dano resultou diretamente da omissão ou mal funcionamento do serviço prestado pelo Estado ou quem o represente, isso é dizer que a causalidade na omissão somente se fará presente quando haja dever de impedir o resultado, com a possibilidade concreta de atuação. Sendo assim, se ausentes a possibilidade de realização do dever de ação

direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos e o dano causado ao ofendido.

O conceito jurídico de causa estava bem delineado pela “Teoria do Dano Direito e Imediato”, ocorre que sua aplicação na encontrava duas barreiras: o problema da interrupção da cadeia causal por fatos jurídicos *lato sensu* (fatos naturais ou quando não estivesse presente o elemento vontade) e a impregnada percepção natural do nexo causal, interpretando-se o termo “imediato” a partir de um critério temporal, o que dá um tom de rigidez e abre espaço para que o dever de indenizar recaia sobre aquele que não deu causa ao dano.

Visando solucionar o primeiro inconveniente Tomaso Mosca ensina que a partir da análise da cadeia causal deve-se observar dentre os fatos (atos) que tiverem dado azo ao acontecimento danoso se há algum deles que seja ilícito este é considerado causa, enquanto os demais serão considerados como condições, havendo mais de um fato ilícito, o último é a causa direta e imediata⁷³⁴.

Como se vê, a subteoria delineada por Mosca peca por que não admite a excludente de causalidade⁷³⁵ e pode ser considerada ineficiente também porque não supera a relação temporal.

Visando superar o critério para definição de dano direto e imediato, surge a subteoria desenvolvida por Coviello. O autor busca por meio de um juízo de abstração verificar se suprimir da cadeia causal o evento o qual se visa atribuir o *status* de causa o dano ainda restaria configurado, se sim, não poderia ser considerado causa, pois houve interrupção do nexo de causalidade⁷³⁶. Tal subteoria envereda pelo caminho do empirismo, e acaba por ser criticada pela exigência de se medir a força de atuação do evento danoso na cadeia causal⁷³⁷, requerendo um alto esforço probatório para, ainda assim, não ser possível apurar com precisão.

A subteoria que melhor desenvolveu-se nesse cenário foi a da necessariedade da causa, que tem como maior defensor na doutrina brasileira Agostinho Alvim, para quem “é

combinada com a efetiva omissão não haverá causalidade (MOREIRA, João Batista Gomes. Do dano para efeito de responsabilidade do Estado: reexame do tema. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, a. VIII, n. 39, p. 33/42, 2006. p. 37).

⁷³⁴ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 373.

⁷³⁵CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 98.

⁷³⁶CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 99.

⁷³⁷CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 99.

indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”⁷³⁸⁻⁷³⁹.

Não se trata de uma reformulação da “Teoria do Dano Direito e Imediato” e sim de um refinamento acerca do critério ao qual um evento poderá ser considerado causa de um dano, coma substituição de um critério temporal, por um juízo crítico pautado na relação lógica⁷⁴⁰⁻⁷⁴¹. Nesse contexto, Agostinho Alvim explica que o dano indireto ou remoto não é indenizável apenas por ser assim classificado, o que ocorre é que, em regra, não são indenizáveis, porque deixa de ser efeito necessário com o surgimento de concausas que rompem o nexo de causalidade, todavia, caso essa não venham a se configurar, tais danos são indenizáveis⁷⁴².

Quando à questão dos fatos da natureza, a subteoria da necessariedade entende que há a quebra da causalidade, deixando de existir nexo de causalidade e excluindo a responsabilidade civil pela existência de um caso fortuito ou força melhor. Essa solução é extensiva também quando o dano é produzido por um ato de terceiro ou da própria vítima do dano, neste caso cabe ao ofendido ou terceiro suportar os danos⁷⁴³. As excludentes da responsabilidade civil do Estado serão propriamente estudadas [item 1.3.4.2].

A “Teoria da Causalidade Necessária” como também ficou conhecida a subteoria da necessariedade, galgou grande importância no Direito pátrio e internacional, inclusive, influenciando a redação do art. 707 do Código Civil Português de 1867⁷⁴⁴. Seu destaque deu-se especialmente porque torna mais flexível compreensão do dano indenizável, possibilitando-

⁷³⁸ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**, 1965. p. 381.

⁷³⁹ Pela importância, transcreve-se o excerto de sua obra em que Agostinho Alvim defende a aplicação da subteoria da necessariedade: “Para explicar a teoria do dano direito e imediato nós aceitamos a teoria ou subteoria da necessariedade da causa, que procuraremos explicar, formular e defender, de acordo com as considerações que se seguem. Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Ela é causa necessária desse dano, porque ela a ele se filia necessariamente; é causa exclusiva, porque opera por si, dispensadas outras causas. Assim é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Que a lei que o dano seja o efeito direito e imediato da inexecução. Ora, a análise destes termos mostra, iniludivelmente, que a lei impõe a existência de um liame entre o inadimplemento da obrigação e o dano, de modo que ao inadimplemento se atribua, com exclusividade, a causa do dano” (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 380-381).

⁷⁴⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 98.

⁷⁴¹ Segundo Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, com arrimo em Jorge Cesa Ferreira da Silva, a subteoria da necessariedade, pode ser entendida, na verdade, como uma “nova ferramenta hermenêutica para compreensão da noção de causa, visto que a exigência da ‘necessariedade’ é extensível às demais”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62).

⁷⁴² ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 389.

⁷⁴³ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104.

⁷⁴⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 623.

se, eventualmente, a indenização de danos indiretos e remotos, libertando-se da leitura literal realizada pela “Teoria do Dano Direto e Imediato”, criticado pela doutrina de Fernando Noronha⁷⁴⁵.

Todavia, é, também, passível de críticas. Segundo Fernando Noronha na ideia de necessariedade pregada por Alvim está implícito a qualidade de suficiência da causa, assim, para uma condição ser considerada causa deve ao mesmo tempo ser suficiente e necessária à produção do dano. Com isso, aduz o autor que dificilmente será possível encontrar uma condição com a qual o dano possa com exclusividade ser atribuído. Acrescenta o autor, ainda, que mesmo que houvesse apenas a exigência de necessariedade, compreendo-se por necessário o que é “forçoso, inevitável, fatal”, a mencionada teoria não seria suficiente para abarcar os danos fundados na possibilidade, como é a perda de uma chance⁷⁴⁶.

Outra questão para a qual Gisela Sampaio da Cruz⁷⁴⁷ chama atenção é a causalidade concorrente. Adoção da subteoria da necessariedade, ao estabelecer como causa necessária aquela que sozinha é capaz de produzir o dano⁷⁴⁸ ignora a possibilidade de que dois ou mais causas concorram para a produção dano, podendo cada uma delas exclusivamente causá-lo. E, mesmo que sejam causas concorrentes complementares, nesse caso, também, o dever de indenizar não poderá ser atribuído somente a uma delas.

Por fim, acrescenta-se que a subteoria da necessariedade abre espaço para a mesma subjetividade que e incerteza presente nas teorias da “Equivalência dos Antecedentes” e da “Causalidade Adequada”⁷⁴⁹.

2.2.1 Adoção de um modelo eclético e a consequente erosão da causalidade como filtro de reparação

⁷⁴⁵NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 619-622. No mesmo sentido: SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 62.

⁷⁴⁶NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 624-625.

⁷⁴⁷CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. . p. 109-110

⁷⁴⁸ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 381.

⁷⁴⁹Como exemplifica Anderson Schreiber “é relativamente fácil alcançar o consenso com relação ao antecedente que se liga, direta e imediatamente, ao dano, muito menos tranquilo é obter acordo com relação àquilo que antecede necessariamente ou não um evento anterior, nas circunstâncias de cada caso concreto” (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 62).

A partir da análise das principais teorias envolvendo o nexo de causalidade, resta evidente a inexistência de uma teoria completa que atenda a todas as questões envolvendo o complexo tema da causalidade. A impossibilidade de a doutrina entrar em consenso reflete diretamente na jurisprudência, que também não foi capaz de eleger uma teoria⁷⁵⁰ adotando uma posição eclética, que pode ser considerada uma espécie de “interpretação evolutiva”⁷⁵¹ ou uma “deliberada abordagem do problema da causalidade de modo a lhe assegurar uma solução, por assim dizer, flexível”⁷⁵².

Nesse sentido, assegura Gustavo Tepedino que os Tribunais têm fixado o nexo de causalidade de forma intuitiva, invocando para tanto Teoria da Causalidade Adequada, da interrupção do nexo causal e da *conditio sine qua non*, alternativamente, mas sempre orientando-se na busca por um liame de necessariedade entre causa e efeito, de maneira que objetiva-se que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo⁷⁵³.

Todavia, parece não ser esse o verdadeiro cenário. O que se vê é um caos jurisprudencial, manipulando-se deliberadamente as teorias do nexo causal e, não raramente, empregando-as de forma pouco técnica, imiscuindo os conceitos⁷⁵⁴. Ocorre que, como bem

⁷⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 481.110/PE. Responsabilidade civil do Poder Público. Pressupostos primários que determinam a responsabilidade civil objetiva do Estado. O nexo de causalidade material como requisito indispensável à configuração do dever estatal de reparar o dano. Não-comprovação, pela parte recorrente, do vínculo causal - reconhecimento de sua inexistência, na espécie, pelas instâncias ordinárias. Soberania desse pronunciamento jurisdicional em matéria fático-probatória. Inviabilidade da discussão, em sede recursal extraordinária, da existência do nexo causal - impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória (súmula 279/STF). Recurso de agravo improvido. (...). A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (Teoria da Equivalência das Condições, Teoria da Causalidade Necessária ou Teoria da Causalidade Adequada). Revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes. (...). Rel. Min. Celso Antônio de Bandeira Mello. Julgamento em: 06.02.2007. Publicação em: 09.03.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409350>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

⁷⁵¹TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade, 2001. p. 9.

⁷⁵²SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 62.

⁷⁵³TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade, 2001. p. 9.

⁷⁵⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). Agravo Interno em Ação Civil Originária nº 1853. Agravos internos em ação cível originária. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil contratual do Estado. 4. Prescrição das parcelas anteriores a 1994. Incidência de causa interruptiva e duas causas suspensivas da fluência do prazo. 5. Ressarcimento de subsídios tarifários concedidos à Codemin. Ocorrência de dano. 6. Relação de causalidade. Adoção pela doutrina e jurisprudência das teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato. Independentemente de qual se escolha, revela-se essencial que a relação seja direta e imediata entre o ato e dano praticado. Precedentes. 7. Honorários. Sucumbência parcial. Compensação na forma do art. 21 do CPC/73. 8. Juros de mora incidentes a partir da citação e até a expedição do precatório no percentual de 0,5% ao mês para todo o período discutido nos autos. 9. Correção monetária conforme os indexadores previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal. 10. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 11. Agravos internos a que se negam provimento. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 17.08.2018. Publicação em: 29.08.2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748070270>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

salienta Anderson Schreiber, e também é possível encontrar ressonância em Fernando Noronha⁷⁵⁵ e Paulo de Tarso Vieira Sanseverino⁷⁵⁶, o manejo imprevisível ou conjugado das teorias da causalidade é, na verdade, uma forma de flexibilizar o nexo de causalidade, ampliando o leque para com isso permitir a indenização da vítima, que é, como se viu, o grande matiz da responsabilidade civil hodierna.

Salienta-se que essa atuação jurisprudencial voltada para a flexibilização do nexo causal não deve ser interpretado como um elemento dogmático de caracterização precisa, mas sei como um espaço aberto ao juiz para atuação discricionária⁷⁵⁷, sacrificando-se o poderoso filtro da causalidade juntamente com a segurança jurídica. Com a erosão do nexo causal⁷⁵⁸, enquanto filtro da reparação, é no dano que o foco resta evidenciado, sendo este a ligação com a vítima, o escopo da ressarcibilidade.

A mencionada flexibilização estende-se, inclusive, sobre as excludentes de causalidade, as quais se passa a estudar.

2.2.2 *Excludentes de causalidade como aspectos da irresponsabilidade do Estado*

Os elementos da responsabilidade civil objetiva do Estado são: a conduta do agente do Estado, o dano e o nexo de causalidade. Sendo assim, por ter prescindido da análise do elemento subjetivo, a responsabilidade civil do Estado somente poderá ser excluída se o ofendido não puder comprovar os elementos acima, dos quais, indubitavelmente, goza de maior complexidade o nexo causal. É nesse contexto que ganha relevância o estudo das

⁷⁵⁵NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 626.

⁷⁵⁶É de grande valia a colocação do autor: “Essa conjugação entre as teorias pode ser feita em três grandes perspectivas no plano processual. Inicialmente, pode-se proceder à conjugação da teoria da equivalência dos antecedentes com as demais teorias com ênfase no aspecto da ‘condicionalidade’ da causa, que é o primeiro estágio para estabelecer se determinado fato pode ser incluído, em tese, no processo causal que redundou no evento danoso com o objetivo de se verificar a legitimidade passiva da parte demandada. Após, com a utilização da teoria da causalidade adequada, analisa-se a “adequação” desse fato na produção do resultado lesivo, devendo ser feita essa verificação na perspectiva negativa, conferindo-se o ônus da prova da inadequação da causa ao agente a quem se imputa a responsabilidade, ou seja, ao réu da ação indenizatória. A verificação pelo juiz, na sentença, da responsabilidade do demandado deve atender também as exigências da teoria do dano direto e imediato, atuando como ferramenta hermenêutica, verificando-se a ‘necessariedade’ da causa a ele imputada dentro do processo causal para o reconhecimento de sua ‘adequação’. Essa verificação da adequação do fato como causa deve ser feita com a colaboração da teoria da causalidade racional à luz do postulado da razoabilidade. (...). A conjugação das teorias mostra-se não apenas possível, como recomendável, pois a noção de causa necessária ou adequada, em seu sentido negativo, avaliada com razoabilidade, permite estabelecer um limite jurídico-normativo para a teoria da equivalência dos antecedentes na fixação dos danos indenizáveis (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163-164).

⁷⁵⁷SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 249.

⁷⁵⁸Termo utilizado por Anderson Schreiber, a quem se visa homenagear com a sua aplicação neste trabalho.

excludentes de causalidade, uma vez que podem tornar irresponsável o Estado ou, ao menos, atenuar sua responsabilidade.

Consideram-se excludentes da responsabilidade o fato da vítima, o fato do terceiro, a força maior e o caso fortuito e, como atenuante, a culpa concorrente da vítima. Em tais casos, segundo Yussef Said Cahali, analisando pela perspectiva do dano causado, este não pode ser considerado como injusto e, como tal, não legitima a responsabilidade objetiva do Estado⁷⁵⁹.

O fato do ofendido e culpa concorrente, na oportunidade em que foi tratada a cláusula geral de redução da indenização, prevista no art. 944, parágrafo único do Código Civil [item 1.1.3], o presente tema foi tangenciado não sob a perspectiva de excludente e sim como forma de atenuação da responsabilidade do Estado. É que a atuação do ofendido, na análise causal da responsabilidade civil, poderá engendrar dois resultados distintos na medida em que lhe é atribuível integralmente ou parcialmente o resultado nocivo.

O fato da vítima ocorre quando deixa de haver nexo de causalidade entre o dano e o ato do Estado pela atuação do ofendido, podendo-se imputar-lhe, exclusivamente, a responsabilidade pelo dano⁷⁶⁰. Nesse caso, a responsabilidade do Estado é ilidida⁷⁶¹.

No âmbito da responsabilidade objetiva do Estado, por tratar de condutas comissivas a aferição das causas torna-se aparentemente mais fácil, as questões mais complexas nessa seara surgem quando a responsabilidade do Estado é pela omissão (*faute du service*), um caso clássico é o de suicídio de detentos do Sistema Prisional. À respeito, no julgamento do Tema 592 o STF formou a seguinte tese: “Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”, no entanto, no mesmo caso, esclarece que a comprovação de suicídio seria suficiente para o rompimento do nexo de causalidade⁷⁶².

⁷⁵⁹CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 46 e 51.

⁷⁶⁰NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 649.

⁷⁶¹Segundo Yussef Said Cahali nesse caso, em que o dano tem como causa exclusiva o dolo ou culpa do ofendido, estando ausente qualquer causa imputável à Administração, que para ser mais amplo poderia ser substituído por Estado, não há configuração de dano injusto e, também por isso, não há que se falar em ressarcimento (CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**, 2014. p. 55).

⁷⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). Recurso Extraordinário n.º. 841526/RS. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Responsabilidade civil do Estado por morte de detento. Artigos 5º, XLIX, e 37, § 6º, da constituição federal. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido

De outro lado, há ainda as hipóteses de causalidade concorrente que têm lugar na causalidade múltipla. Em situações tais tanto o Estado como a própria vítima contribuem para o evento danoso, produzindo conjuntamente o resultado ambos devem ser arcar com a sua parcela de responsabilidade, sendo assim, a responsabilização do Estado não será excluída, mas atenuada, conforme explicitado pelo art. 945 do Código Civil e já abordado.

Nessa oportunidade, cumpre destacar embora o artigo supramencionado utilize da expressão “culpa concorrente”, consagrada pela doutrina e pela jurisprudência, o que poderia gerar a afoita interpretação de afastamento da possibilidade de aplicação no caso de responsabilidade objetiva, onde se prescinde da análise do elemento subjetivo, o caso é mesmo de concorrência causal⁷⁶³.

A concorrência de causas imputadas à vítima e ao Estado é aplicável no âmbito da responsabilidade civil do Estado tanto em sede de responsabilidade subjetiva, conforme a jurisprudência formada pelo julgamento do Tema 518⁷⁶⁴, quanto objetiva nos termos já difundidos pelo STF⁷⁶⁵.

de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. *In casu*, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorregia a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário Desprovido. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em: 30.03.2016. Publicação no Diário de Justiça: 01.08.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁷⁶³KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 29, p. 3-34, jan./mar 2007. p. 25 e 27. Disponível em: < <https://uerj.academia.edu/CarlosNelsonKonder>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁷⁶⁴Na ocasião do julgamento do Tema 518, tendo como Recurso Especial afetado o REsp nº. 1172421/SP, o STJ firmou a seguinte tese: “A despeito de situações fáticas variadas no tocante ao descumprimento do dever de segurança e vigilância contínua das vias férreas, a responsabilização da concessionária é uma constante, passível de ser elidida tão somente quando cabalmente comprovada a culpa exclusiva da vítima. No caso de atropelamento de pedestre em via férrea, configura-se a concorrência de causas, impondo a redução da indenização por dano moral pela metade, quando: (i) a concessionária do transporte ferroviário descumpra o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais urbanos e populosos, adotando conduta negligente no tocante às necessárias práticas de cuidado e vigilância tendentes a evitar a ocorrência de sinistros; e (ii) a vítima adota conduta imprudente, atravessando a via férrea em local inapropriado” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Recurso Especial nº. 1172421/SP. Responsabilidade civil. Recurso especial submetido à sistemática prevista no art. 543-c do CPC. Acidente ferroviário. Vítima fatal. Concorrência de causas: conduta imprudente da vítima e descumprimento do dever legal de segurança e fiscalização da linha férrea. Redução da indenização por danos morais pela metade. Indenização por danos

Conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira⁷⁶⁶, o maior problema relacionado à atenuante de culpa concorrente está em se determinar a proporcionalidade, na avaliação do quantitativo a ser reduzido da indenização em face da atuação da vítima.

De fato, tal questão é complexa, porque abre espaço para atuação subjetiva do juiz, diante da ausência de critérios objetivos que possam auxiliá-lo a medir a extensão da atuação de cada um dos causadores do dano, cabe-lhe atuar com base na proporcionalidade naquela ideia de justa distribuição dos encargos decorrentes da responsabilidade do Estado⁷⁶⁷, que já se abordou [item 1.1.3.2].

Acerca da relação com a culpa exclusiva da vítima e da concorrência de culpas com a erosão do nexo causal como filtro de reparação, Anderson Schreiber⁷⁶⁸ alerta que há um movimento de flexibilização, de maneira que em muitos casos onde é possível atribuir-se o fato inteiramente à conduta da vítima, ainda assim tem se sustentado a manutenção do nexo causal, mormente culminando em uma culpa concorrente.

O autor exemplifica com o “caso do escorrega”, onde o hóspede de um hotel após confraternizar com amigos utilizou o escorregador da piscina do hotel, todavia esta não tinha profundidade suficiente, tendo o jovem sofrido danos pessoais^{769- 770}. Segundo Schreiber, no

materiais. Não comprovação de dependência econômica pelos genitores. Vítima maior com quatro filhos. Súmula 7 Do STJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 08.08.2012. Publicação em: 19.09.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902496460&dt_publicacao=19/09/2012>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁷⁶⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso Extraordinário 120924/SP. Responsabilidade objetiva do Estado. Ocorrência de culpa exclusiva da vítima. - Esta Corte tem admitido que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público seja reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado (Ag. 113.722-3-AgRg e RE 113.587). No caso, tendo o acórdão recorrido, com base na análise dos elementos probatórios cujo reexame não é admissível em recurso extraordinário, decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima que deu causa ao infortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano, no tocante ao ora recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento em: 25.05.1993. Publicação no Diário de Justiça: 27.08.1993. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207366>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁷⁶⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 83.

⁷⁶⁷CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. V. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955. p. 445-446.

⁷⁶⁸SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 70.

⁷⁶⁹SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 71.

⁷⁷⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. 287.849/SP. Código de defesa do consumidor. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC. A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em: 14.04.2001. Publicação no Diário de

caso a conduta deveria ser atribuída exclusivamente à vítima, que agiu incompativelmente com os *standards* específicos de diligência⁷⁷¹.

O mesmo fenômeno é possível de ser observado na seara da responsabilidade civil do Estado, quando se entende ser caso de culpa concorrente da vítima o atropelamento por trem, onde a vítima adentra na área da ferrovia por buraco no muro, deixando de uma passarela para pedestres, próxima ao local do acidente⁷⁷².

Nesse sentido, resta novamente demonstrado a preocupação da responsabilidade civil hodierna em dar a máxima proteção à vítima, mesmo que para isso seja necessário flexibilizar, inclusive, os únicos fatores capazes de ilidir a responsabilidade civil objetiva, verificando-se, portanto, flexibilização das bases da própria responsabilidade objetiva.

O fato de terceiro, por sua vez, é ao mesmo tempo excludente de responsabilidade para aquele a qual primeiramente foi atribuído o dever de indenizar e fato gerador da responsabilidade para o efetivo autor da conduta. Tem-se em mente que a relação de responsabilidade civil compõe-se do pólo ativo (o agente) e passivo (o ofendido), terceiro é qualquer outra pessoa estranha a esse binômio que dá origem ao dano⁷⁷³, todavia, importa registrar que não haverá exclusão da responsabilidade nos casos em que o terceiro apontado é dependente daquele a quem se atribuiu a responsabilidade, nesse caso a responsabilidade se mantém, no espécime de responsabilidade pelo fato de outrem⁷⁷⁴.

Ademais, para restar configurado o fato de terceiro não pode haver qualquer participação do ofendido ou do Estado, de maneira que o dano deverá se ligar exclusivamente ao fato de terceiro⁷⁷⁵, devendo-se, inclusive, analisar a concorrência de causas, pois em casos de concausalidade o que se autoriza é apenas a redução do *quantum* indenizatório⁷⁷⁶, nos termos da interpretação realizada do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

Justiça em: 13.08.2001.
Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801608299&dt_publicacao=21/06/2012>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁷⁷¹SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 70-71.

⁷⁷²BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n°. 445.872/SP. Civil. Responsabilidade Civil. Atropelamento por Trem. Culpa concorrente da vítima, que teve acesso à ferrovia por meio de uma abertura no muro que a cercava, apesar da existência de uma passarela para pedestres próxima ao local do acidente. Recurso especial conhecido e provido. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgamento em: 29.11.2002. Publicação no Diário de Justiça em: 24.03.2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200853644&dt_publicacao=24/03/2003>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁷⁷³PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 301.

⁷⁷⁴NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 650.

⁷⁷⁵DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. V. II. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 679.

⁷⁷⁶Nesse sentido, alerta Gisela Sampaio da Cruz: “A participação de terceiro na causação do dano pode concorrer de maneira total ou parcial. Na primeira hipótese, o dano é causado exclusivamente por terceiro; na

O fato de terceiro sofre algumas restrições, que requerem especial atenção a responsabilidade civil do Estado é dizer: existem situações em que se entendeu ser insuficiente para a irresponsabilidade que o dano tenha sido causado pela atuação de terceiro. É o caso do art. 188, II, do Código Civil, em que se exclui a responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, mas se for fato de terceiro apenas é assegurado o direito de regresso, conforme o art. 930 do mesmo diploma civil. Em igual sentido, encontra-se a responsabilidade da transportadora a qual se aplica a normas do Código Civil por determinação legal do art. 731⁷⁷⁷, pois segundo o art. 734 do CC/02⁷⁷⁸ a única causa de excludente aplicável ao transportador é a força maior, sendo-lhe assegurado na esfera contratual o regresso em face de terceiro (art. 735, CC/02⁷⁷⁹). Acrescenta-se, ainda, que nesse caso, a culpa exclusiva da vítima também foi afastada como excludente, prestando-se, apenas à minoração do *quantum* indenizatório, na forma do art. 738, do CC/02⁷⁸⁰⁻⁷⁸¹.

A alegação da excludente de causalidade não exige que seja identificado o terceiro a quem se atribui o resultado danoso. Não há dúvidas de que poder identificá-lo contribui para a melhor caracterização do fato lhe é atribuído e para devida reparação da vítima, no entanto, não se trata de condição essencial para tal configuração⁷⁸², basta que haja prova de que o ato foi realizado por terceiro. Nesta esfera, acredita-se, também, que os danos causados por agrupamento de pessoas não poderão ensejar a responsabilidade do Estado, exceto quando devidamente demonstrada que o dano foi efeito de sua omissão⁷⁸³.

segunda, o terceiro é apenas co-participe, ou elemento concorrente no desfecho prejudicial. Apenas no primeiro caso é que se verifica a eliminação do nexo causal, como a consequente exclusão da responsabilidade do agente. Quando a participação do terceiro é parcial e o agente concorre com ele na produção do evento danoso, o agente também concorrerá na composição das perdas e danos” (CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 180).

⁷⁷⁷Art. 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código.

⁷⁷⁸Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

⁷⁷⁹Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

⁷⁸⁰Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstenendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço. Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

⁷⁸¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book (p. 897-898). ISBN 978-85-309-7956-0.

⁷⁸²DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**. 10º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 681

⁷⁸³CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 682). ISBN 978-85-97-01589-8.

Não importa a realização de análise acerca do elemento subjetivo da conduta de terceiro, pois é indiferente para ilidir a responsabilidade do Estado, que tenha agido com culpa ou dolo, a análise dá-se sobre as relações causais⁷⁸⁴. A relevância do elemento subjetivo deverá ser apurada na nova relação de responsabilidade, cujo pólo passa a ser ocupado por aquele que efetivamente causou o dano.

O fato de terceiro é, portanto, uma excludente de responsabilidade para aquele a quem foi primeiramente imputado o dever de indenizar, no entanto a vítima não deixar de ter direito a indenização, diferentemente do que acontece com a culpa exclusiva da vítima e a força maior propriamente dita.

Por fim, convém destacar que o fato de terceiro, por tratar-se de espécie de fortuito externo poderá, em determinadas situações, ser considerado verdadeiramente força maior⁷⁸⁵. É inclusive acerca das excludentes de causalidade a força maior e o caso fortuito, onde residem as maiores controvérsias do tema.

Segundo Fernando Noronha, acompanhando doutrinadores de renome⁷⁸⁶, a distinção entre os mencionados excludentes é possível, porém irrelevante, uma vez que o tratamento jurídico dispensado a ambos é o mesmo e, acrescenta que não há acordo entre os autores quando ao critério a ser adotado, conduzindo os pressupostos a soluções diferentes⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 182.

⁷⁸⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. 976564/SP. Responsabilidade Civil. Recurso Especial. Correios. Roubo De Cargas. Responsabilidade Civil Objetiva. Exclusão. Motivo De Força Maior. 1. (...). 2. Destarte, o caso dos autos revela o exercício de atividade econômica típica, consubstanciada na prestação de serviço de "recebimento/coleta, transporte e entrega domiciliar aos destinatários em âmbito nacional" de "fitas de vídeo e/ou material promocional relativo a elas", por isso que os Correios se sujeitam à responsabilidade civil própria das transportadoras de carga, as quais estão isentas de indenizar o dano causado na hipótese de força maior, cuja extensão conceitual abarca a ocorrência de roubo das mercadorias transportadas.

3. A força maior deve ser entendida, atualmente, como espécie do gênero fortuito externo, do qual faz parte também a culpa exclusiva de terceiros, os quais se contrapõem ao chamado fortuito interno. O roubo, mediante uso de arma de fogo, em regra é fato de terceiro equiparável a força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva. 4. Com o julgamento do REsp. 435.865/RJ, pela Segunda Seção, ficou pacificado na jurisprudência do STJ que, se não for demonstrado que a transportadora não adotou as cautelas que razoavelmente dela se poderia esperar, o roubo de carga constitui motivo de força maior a isentar a sua responsabilidade. 5. Recurso especial provido. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 20.09.2012. Publicação no Diário de Justiça em: 23.10.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701996887&dt_publicacao=23/10/2012>. Acesso em: 19 dez. 2018.

⁷⁸⁶ No âmbito cível: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 303; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 276; DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade**, 1995. p. 682. No Direito Administrativo: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 682). ISBN 978-85-97-01589-8

⁷⁸⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 659.

Para Francisco Vieira Lima Neto⁷⁸⁸, com quem se concorda, a mencionada diferenciação é relevante, especialmente na seara da responsabilidade civil embasada no risco, pois neste caso apenas a força maior exclui o dever de indenizar.

Por outro lado, é necessário ponderar, também, que a doutrina, no intento de distinguir o caso fortuito da força maior, já que o legislador menciona-os às vezes em conjunto (art. 246; art. 393; art. 399; art. 583 todos do Código Civil) e outras em apartado (art. 607; art. 625; art. 636; art. 642; art. 696..., todos do Código Civil) dando a entender serem institutos distintos, acabou por criar outras nomenclaturas, como caso fortuito interno e externo, força maior intrínseca e extrínseca, bem como mesclar os conceitos, sendo hoje impossível afirmar que existe consenso nessa seara.

O Código Civil, no parágrafo único do art. 393 expõe que “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Logo, duas são as características presentes no caso fortuito e na força maior: imprevisibilidade e inevitabilidade.

Fernando Noronha⁷⁸⁹ ao tratar do tema de forma ampla, por considerar que todas as excludentes de causalidade cabem dentro da noção de caso fortuito e forma maior, ensina que artigo supramencionado é tautológico e não diz nada além de que o caso fortuito e a força maior é um evento inevitável.

Assim quando utiliza a expressão “fato necessário”, quer dizer aquele que em qualquer hipótese tem que acontecer e, por isso, é forçoso e inevitável. Ademais o artigo determinaria que também os efeitos decorrentes do “fato necessário” são inevitáveis, nesse sentido, segundo o autor, são efeitos que poderiam ser impedidos se fossem previsíveis. Por fim, quando fala dos efeitos “não possíveis de impedir”, trataria dos efeitos que não podem ser impedidos, ainda que previstos, por serem irresistíveis. Conclui o civilista que o Código Civil enfatiza a ideia de evento inevitável, no entanto não esclarece quando se deve considerar inevitável um fato gerador⁷⁹⁰.

Em resposta a pergunta formulada, o autor estabelece como inevitável o fato natural ou uma ação humana que, em relação à pessoa tida como responsável, reúna as seguintes

⁷⁸⁸LIMA NETO, Francisco Vieira. A força maior e o caso fortuito como excludentes da responsabilidade civil. In CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito Civil: Direito patrimonial e Direito existencial: Estudo em Homenagem a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 482.

⁷⁸⁹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 652-653.

⁷⁹⁰NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 652-653.

características: fato externo, irresistível e normalmente imprevisível⁷⁹¹. Acrescenta, portanto, como faz também Agostino Alvim⁷⁹², ambos com inspiração francesa⁷⁹³, a externidade, ressaltando que os fatos “são externos quando não estejam vinculados à própria atividade da pessoa cuja responsabilidade se esteja cogitando”⁷⁹⁴. É a partir dessa noção que se distingue o caso fortuito da força maior ou, ainda, fortuito interno ou fortuito externo^{795 - 796}.

A força maior seria dotada de externidade enquanto o caso fortuito seria um risco interno. Ademais, a característica que marca o caso fortuito é a imprevisibilidade, de maneira que é considerado imprevisível, no entanto evitável, em si mesmo ou nas suas consequências, se houvesse sido previsto. Já a força maior é essencialmente irresistível, ainda que se possa prevê-lo não é possível resistir-lhe⁷⁹⁷.

A doutrina⁷⁹⁸ e a jurisprudência⁷⁹⁹ iniciaram um movimento de colocação como fator excludente de responsabilidade a irresistibilidade, que passa a ser inafastável em detrimento da previsibilidade, assim, sendo o caso fortuito essencialmente imprevisível, mas nem sempre irresistível, a força maior ganhou preponderância como excludente do nexo causal⁸⁰⁰.

⁷⁹¹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 653.

⁷⁹²ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Jurídica Universitária, 1965. p. 353-354

⁷⁹³TOURNEAU, Philippe le. **Responsabilité civile**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1976. p. 206.

⁷⁹⁴NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 657.

⁷⁹⁵Existem outras distinções e mesmo inversão da nomenclatura, no entanto, como não é objeto do presente fazer uma digressão doutrinária cerca do tema, foi necessário um posicionamento. Para tanto, recomenda-se o texto de Francisco Vieira Lima Neto “A força maior e o caso fortuito como excludentes da responsabilidade civil”.

⁷⁹⁶O professor Antônio Junqueira utiliza também as expressões “força maior intrínseca” e “força maior extrínseca”, que de acordo com Francisco Vieira Lima Neto correspondem, a primeira ao caso fortuito interno e a segunda à força maior (LIMA NETO, Francisco Vieira. A força maior e o caso fortuito como excludentes da responsabilidade civil. In CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito Civil: Direito patrimonial e Direito existencial: Estudo em Homenagem a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 480)..

⁷⁹⁷NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 659.

⁷⁹⁸Nesse sentido, expõe Arnaldo Medeiros da Fonseca: “Às vezes, a imprevisibilidade do acontecimento, o modo súbito e inesperado pelo qual se verifique, será a razão determinante de sua inevitabilidade. Outras vezes a própria irresistibilidade do evento é o que o torna inevitável. Mas haverá sempre a impossibilidade de impedi-lo, pois ninguém se acautela contra o imprevisível, sendo assim a inevitabilidade a condição objetiva fundamental exigida para caracterização do caso fortuito”. Destaca-se que o caso fortuito para o autor é a força maior para nós (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 149).

⁷⁹⁹SÃO PAULO, Tribunal de Justiça (23ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº. 0019552-78.2010.8.26.0008. Responsabilidade Civil Transporte de Carga. Ação regressiva. Roubo de mercadoria, mediante emprego de arma de fogo, com seqüestros dos motoristas. Fato previsível, mas, que não elide a ocorrência de força maior irresistível Não demonstração da obrigação da ré de manter dispositivos de rastreamento e monitoramento no caminhão que transportava a carga roubada. Ação improcedente Possibilidade, todavia, de ajuizamento de ação regressiva contra o Estado, responsável pela segurança pública Recurso provido. Rel. Des. Rizzatto Nunes. Julgamento em: 21.09.2011. Publicação no Diário de Justiça em: 21.09.2011. Disponível: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5414333&cdForo=0>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

⁸⁰⁰LIMA NETO, Francisco Vieira. A força maior e o caso fortuito como excludentes da responsabilidade civil. In CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito Civil: Direito patrimonial e Direito existencial:**

Além disso, a noção de externalidade, verificada no contexto da responsabilidade objetiva, corroborou para a assunção da força maior como excludente de causalidade. Passou-se a entender, conforme esclarece Agostinho Alvim, que o caso fortuito é um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com sua empresa e nesta hipótese existe o nexo de causalidade, enquanto que a força maior é um acontecimento externo, de maneira que não há um laço de conexidade⁸⁰¹.

Em resumo expõe Yussef Said Cahali, ao tratar do tema no contexto da responsabilidade civil do Estado que “na força maior nenhuma interferência tem a vontade humana, nem próxima nem remotamente, enquanto no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e no funcionamento do serviço”. Por fim, o autor exemplifica a distinção dizendo: “força maior será a tempestade, será a inundação, será o raio; caso fortuito será o cabo de uma instalação de que se rompe, será a peça de uma máquina que despenca, produzindo acidente e danos materiais ou pessoais”⁸⁰².

Conclui-se que é admissível a exclusão da responsabilidade civil do Estado no caso de força maior, no entanto, entende-se essa subsiste para o caso fortuito, por estar incluído no risco do serviço⁸⁰³, apesar de a jurisprudência na maioria das vezes não distinguir um do outro⁸⁰⁴. Todavia, alerta Yussef Said Cahali que nos casos mesmo nos casos em que há força

Estudo em Homenagem a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 479.

⁸⁰¹ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências.** 3ª ed. São Paulo: Jurídica Universitária, 1965. p. 353-354.

⁸⁰²CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 48.

⁸⁰³No mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 1015; DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book (p.896). ISBN 978-85-309-7956-0.

⁸⁰⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso Extraordinário nº. 109615/RJ. Indenização. Responsabilidade objetiva do poder público. Teoria do risco administrativo. Pressupostos primários de determinação dessa responsabilidade civil. Dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública de ensino. Perda do globo ocular direito. Fato ocorrido no recinto de escola pública municipal. configuração da responsabilidade civil objetiva do Município. Indenização patrimonial devida. RE não conhecido. Responsabilidade civil objetiva do poder público. princípio constitucional. A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o

maior na causação do dano poderão Estado ser responsabilizado se os danos sofridos forem decorrentes de uma omissão ou atuação deficiente do Estado, que deixou (ou o fez insatisfatoriamente) de realizar obras que lhe seriam razoavelmente exigíveis para evitar dano ou, ao menos, atenuar suas consequências⁸⁰⁵.

abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). (...) Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em: 28.05.1996. Publicação no Diário de Justiça em: 02.08.1996. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=109615&classe=RE>>. Acesso em: 19 dez. 2018. Realizando a distinção:

⁸⁰⁵CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 50-51.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL OBJETIVA DO ESTADO E O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM HONORÁRIOS CONTRATUAIS

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL: ESCLARECIMENTO SOBRE A TERMINOLOGIAS

Tratar sobre a responsabilidade civil por dano no processo antes de qualquer coisa requer o estabelecimento de um pacto semântico. Na oportunidade em que o presente estudo foi submetido à banca de qualificação, justificadamente, levantou-se o questionamento acerca de qual seria a nomenclatura correta a ser utilizada no trabalho e, de fato, diante da imprecisão da doutrina, impõe-se uma delimitação.

Em artigo clássico sobre o tema, Barbosa Moreira, utilizou a nomenclatura “responsabilidade por dano processual”⁸⁰⁶, a mesma adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, no Capítulo II, Seção II, do Livro I, que previa a responsabilidade por perdas e danos decorrentes da litigância de má-fé, o que foi conservado pelo atual diploma processual.

Naquela ocasião esboçou como conceito de responsabilidade por dano processual “a imposição, ao transgressor, da obrigação de reparar, com prestação pecuniária, os prejuízos causados pelo comportamento incorreto à outra parte”⁸⁰⁷, identificando-a, exclusivamente num juízo sobre o elemento subjetivo. A mesma espécie é também designada por Yussef Said Cahali⁸⁰⁸, de “responsabilidade processual aquiliana” ou, ainda, de “responsabilidade processual agravada”⁸⁰⁹, com base no art. 96 do Código de Processo Civil Italiano⁸¹⁰, grande influenciador do CPC/73 na matéria.

⁸⁰⁶O jurista é claro ao expor que outras modalidades de reparação prevista no Código de Processo Civil não se enquadrariam na concepção de “responsabilidade por dano processual”, nas palavras do autor: “não se incluem neste âmbito outros dispositivos do Código, nos quais também se estabelece obrigação de indenizar: assim, por exemplo, o art. 588, I, concernente à reparação dos danos causados ao devedor pela execução provisória da sentença, e o art. 811, onde se catalogam hipóteses de responsabilidade do requerente de medida cautelar, perante o requerido, pelo prejuízo que este sofrer em virtude da execução da providência. Tais casos relacionam-se com princípios diferentes 13 e não se inspiram no propósito de reprimir a má fé no comportamento dos litigantes. Não é impossível, todavia, que algum dos pressupostos da responsabilidade, contemplados nesses dispositivos, concorra com outro ou com outros, dentre os referidos na parte do Código que trata da má fé processual. Aliás, o caput do art. 811 é expresso em declarar que a responsabilidade nele prevista se configura “sem prejuízo do disposto na art. 16” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978. p. 18-19).

⁸⁰⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978. p. 17.

⁸⁰⁸CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 39 e 54.

⁸⁰⁹Destaca-se que a ideia de responsabilidade agravada, no Direito italiano é referente à relação entre a condenação em custas e despesas processuais e a condenação ao pagamento de danos processuais, entendidos como aqueles decorrentes da má-fé no processo aplicáveis somente à parte vencida. Assim é a ideia de que “a responsabilidade do vencido é agravada, enquanto longe de se limitar ao reembolso das custas antecipadas,

Igualmente pautando-se no critério do elemento subjetivo, Vito Antônio Boccuzzi Neto⁸¹¹ utiliza como expressão designativa “responsabilidade processual”, diferenciando-a dos consectários da sucumbência, para os quais utiliza a expressão “responsabilidade pelas despesas processuais”⁸¹², como também fazem os italianos⁸¹³.

Galeno Lacerda, por sua vez, é signatário de uma concepção bipartida, optando pela designação “responsabilidade dos sujeitos no processo”, caracterizando-a como àquela decorrente de danos causados à parte ou terceiro em razão de uma conduta processual comissiva ou omissiva, dividida em duas categorias, a subjetiva, pressupondo má-fé (dolo ou culpa) e objetiva, resultante do simples fato do dano, pautada no risco ou do ônus assumido pelo agente, sem qualquer conotação subjetiva, em tais situações referindo-se apenas à “responsabilidade objetiva”⁸¹⁴.

Por sua vez, Cristiane Druve Tavares Fagundes⁸¹⁵, em obra monográfica sobre o tema que deu origem ao livro “Responsabilidade Objetiva por Dano Processual”, adotando a duplicidade da responsabilidade civil (subjetiva e objetiva), optou por utilizar a nomenclatura de “responsabilidade civil processual”, indicando, de forma ampla, como a obrigação em reparar “dano causado ao patrimônio de outrem diretamente em virtude de um processo, seja em decorrência de conduta culposa de uma das partes, seja em virtude da incidência de uma norma que prevê tal obrigação indenizatória, independentemente de ato ilícito”.

estende-se a todos dos danos provocados pelo processo (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 172).

⁸¹⁰Trata-se de nomenclatura que faz referência ao art. 96 do Código de Processo Civil Italiano: “Art. 96. Responsabilità aggravata. Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore precedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”. Disponível em: <http://mobile.ilcaso.it/codice_procedura_civile/96>. Acesso em: 22 dez. 2018.

⁸¹¹BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. **Da sucumbência no processo civil: princípio da causalidade – hipótese de relativização**. Campinas: Servanda Editora, 2007. p. 59.

⁸¹²BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. **Da sucumbência no processo civil: princípio da causalidade – hipótese de relativização**. Campinas: Servanda Editora, 2007. p. 111.

⁸¹³CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 172; CHIOVENDA, Jose. **La condanna em costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985; PIJARDI, Piero. **La responsabilità por la espese i danni del processo**. Milão: Giuffrè, 1959.

⁸¹⁴LACERDA, Galeno Velhino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII. t. I: arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 311.

⁸¹⁵FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Responsabilidade objetiva por dano processual**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 85.

Por fim, há quem a denomine de “responsabilidade processual civil”, como faz Fernando Luso Soares⁸¹⁶. Em obra consagrada sobre o tema, cuja contribuição não ficou restrita apenas ao Direito português, o jurista, partindo de uma dualidade na responsabilidade processual civil, aduz que a responsabilidade processual civil visa à reintegração da parte que sofre um “injustificado desgaste patrimonial”, seja porque foi lesada por uma atuação de má-fé da parte contrária, caso em que se trata de responsabilidade processual civil subjetiva, seja pelos gastos sofridos pelo vencedor em razão pleito, a saber, custas processuais, neste caso, há responsabilidade processual civil objetiva.

No direito pátrio, Alexandre Freitas Câmara⁸¹⁷ adotou a mesma nomenclatura e estrutura esboçada pelo jurista português, identificando que além da responsabilidade processual civil pelas despesas e honorários advocatícios, haveria ainda situações objetivamente identificadas no Código de Processo Civil onde incide responsabilidade processual civil, mormente, em relação à efetivação de medidas cautelares, ainda sob égide do Código de Processo Civil de 1973.

Acerca da responsabilidade nos casos de indenização por danos referentes à tutela provisória, estendendo à fase execução, é comum ver a doutrina, mesmo a mais clássica, identificar apenas por “responsabilidade civil objetiva” ou “responsabilidade objetiva”, assim faz em dados momentos Galeno Lacerda⁸¹⁸, como já dito, Humberto Theodoro Júnior⁸¹⁹, Cândido Rangel Dinamarco⁸²⁰ entre outros⁸²¹.

Não é o objetivo esgotar bibliografia sobre o tema, apenas realizou-se uma necessária revisão bibliográfica para demonstrar que a doutrina não tem se debruçado sobre a definição exata de um termo a ser empregado para designar as repercussões processuais da responsabilidade civil.

⁸¹⁶SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 116.

⁸¹⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. III. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 93.

⁸¹⁸LACERDA, Galeno Velhino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII. t. I: arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 313.

⁸¹⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, a. 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2905>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

⁸²⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 98.

⁸²¹MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 161; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 368; ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 89-90; FERREIRA, Willian Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 35, n. 188, out. 2010. p. 9; BUENO, Cassio Scarpinella. **Execução Provisória e Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 191.

No âmbito do presente estudo, que versa sobre a responsabilidade no aspecto objetivo é necessário esclarecer que a utilização do termo “responsabilidade por dano processual” somente pode ser aplicada se realizada uma leitura da verdadeira dimensão do significado de dano processual, o que se dará em momento oportuno [item 3.1.3]. Assim, nos termos propostos pela doutrina que cunhou a expressão, deverá ser afastada para o presente.

Outra observação a ser feita, é a respeito da expressão “responsabilidade processual civil”, empregada por Fernando Luso Soares. Conforme se depreende da obra do autor, a escolha da nomenclatura é em razão de uma suposta autonomia da responsabilidade processual civil em relação à responsabilidade civil ferrenhamente defendida pelo português. Que, como se verá adiante, não se justifica. Em razão disso, a presente estudo não utilizará da expressão proposta.

É de bom alvitre ponderar, ainda, que dos trabalhos supramencionados não há, como no presente, um estudo voltado especificamente pela atuação de um ente estatal, diante disso, valendo-se de terminologias já utilizadas, e buscando amoldá-las ao presente estudo. Desde já se esclarece que, quando se quiser evidenciar a seara de atuação da responsabilidade civil dá-se, será empregado no presente a terminologia “responsabilidade civil no processo civil”, podendo-se se utilizar, eventualmente, da variação “responsabilidade civil processual” e, não se descarta, ainda, o uso puramente do termo “responsabilidade civil”. Acrescida, ou não, da identificação “do Estado” (“responsabilidade civil objetiva do Estado no processo civil”).

A motivação da escolha será esclarecida a partir do estudo acerca da suposta autonomia de uma “responsabilidade processual civil”.

3.1.1 A “suposta” autonomia científica: não adoção de uma “Teoria da Responsabilidade Processual Civil”

A questão referente à autonomia científica da “responsabilidade processual civil”, segundo Fernando Luso Soares, está associada à própria autonomia do processo civil enquanto ciência. Assim, segundo o autor, creditar à “responsabilidade processual civil” uma colocação de apêndice da responsabilidade civil é retornar aos tempos em que o processo era considerado direito adjetivo⁸²²⁻⁸²³.

⁸²²Nesse sentido, expõe o autor: “Desde logo, hoje só podem suspeitar da autonomia da responsabilidade processual aqueles que porventura não hajam ainda ressuscitado para fora do tempo em que, antes de Chiovenda, o direito do processo desaparecera com ciência, abandonados os seus elementos vitais aos só práticos, precisamente absorvidos na sedução civilista. Porém, como analisará em lugar próprio, tal responsabilidade é bem instituto um instituto autônomo face ao direito material, aliás em consonância com o que acontece nas

Defendendo a autonomia da “responsabilidade processual civil”, explica que enquanto a responsabilidade civil estaria inserida no contexto da relação de direito material, que tem o poder de provocar o surgimento da relação de direito processual, invocando a atuação do Estado-juiz para forçar o ressarcimento do lesado pelo responsável, a “responsabilidade processual civil” decorre da própria relação processual, isso é, dos “factos processuais, lícitos ou ilícitos, normais ou patológicos” que são “elementos componentes ou elementos viciantes de uma entidade única, a relação jurídica processual”⁸²⁴.

Diante do exposto, tanto a instituição das custas quanto o fato ilícito do dolo no processo, as duas espécies de danos processuais que o autor admite, teriam natureza processual e não substantiva. Assim, visa o autor uma relação estanque entre as espécies de responsabilidade, onde haveria a espécie responsabilidade jurídica, compostas por duas subespécies, a responsabilidade civil, cujos gêneros seriam contratual e extracontratual, e responsabilidade processual civil, cujos gêneros seriam objetiva e subjetiva. Para tanto, dedica a terceira parte de sua obra os deslindes de uma “Teoria da Responsabilidade Processual Civil”. Como se vê, para o autor a característica principal da responsabilidade é ser processual, por tal razão a nomenclatura adotada, para marcar a autonomia.

No entanto, em que pese os esforços do autor para demonstrar a autonomia científica da “responsabilidade processual civil”, entende-se não ser dogmaticamente justificável a circunscrição de uma autonomia nos moldes buscados pelo autor, com verdadeiro afastamento das normas relativas à responsabilidade civil para os danos decorrentes do processo.

Primeiramente, é preciso estabelecer que defender a existência de uma “Teoria da Responsabilidade Processual Civil” puramente a partir da existência de normas no diploma processual que estabelecem responsabilidade por condutas praticadas no contexto do processo, ressaltando-se que não é somente neste âmbito que pode surgir o dever de indenizar,

relações entre este e o direito subjetivo: com efeito, não é por ser instrumental que o direito processual se impossibilita quanto à uma verdadeira independência” (SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 39).

⁸²³O processo possui quatro fases metodológicas: praxista, processualista, instrumentalista e formalista-valorativa. Na fase sincrética ou praxista concebia-se a ação como decorrente do direito material, pois considerando o viés privatista imperante, o direito processual era visto como adjetivo ao direito material. Nesse período a ação era considerada como típica a direitos materiais previstos, e como desdobramento de direitos subjetivos, portanto, a perspectiva era predominantemente substancial. A jurisdição era compreendida como sistema a disposição dos indivíduos para tutelar direitos subjetivos particulares, sendo que o processo era visto como um simples procedimento, um emaranhado de atos seguidos. O processo somente existia enquanto uma realidade empírica perante os tribunais e os juízes. Esse momento corresponde ao período paleolítico do direito, pois não se podia vislumbrar pólo metodológico qualquer, haja vista o processo não existir enquanto ciência, e, portanto, não havia preocupações com a sua afirmação enquanto tal (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 29-32).

⁸²⁴SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 81.

é possível que este se estabeleça por condutas ligadas ao processo, mas externas ao ambiente processual, é confundir linguagem do Direito e a linguagem da Ciência do Direito.

Isso, todavia, não implica dizer que não se reconhece que o estudo da responsabilidade civil no processo possui especificidades em decorrência do ambiente onde a atuação do agente causador do dano ocorre: o processo, considerando esse é o meio pelo qual o dano se concretiza. Essas peculiaridades são dignas de serem notadas, estudadas e respeitadas, mas não importa em negar estrutura basilar da responsabilidade civil, enquanto uma “Teoria da Responsabilidade Civil” e propagar uma autonomia científica.

Conforme dito no começo do presente estudo [item 1.1.1], a responsabilidade civil, embora tenha como meio mais fecundo o Direito Civil não está refém dessa seara, como é sabido, o Direito é uno, apesar de divisões epistemológicas e metodológicas realizadas pela Ciência do Direito, as normas jurídicas não conhecem essas circunscrições.

Assim, é possível observar a responsabilidade civil se enraizando em distintos ramos do Direito, nesse contexto, segundo Maria Helena Diniz⁸²⁵, seria objeto de estudo da “Teoria Geral do Direito”, na medida em que há uma estrutura formal básica, conservando-se, também os princípios estruturantes, os fundamentos e regimes jurídicos. Datavênia, não se concorda com a exposição da autora.

A “Teoria Geral do Direito” preocupa-se com conceitos lógico-jurídicos, a “Teoria da Responsabilidade Civil” com conceitos lógico-formais, restritos no espaço e no tempo, basta observar a concepção dano, como se alterou no último quadrante do século XX [cf. item 2.2.1.2 e 2.2.1.5]. O que não implica dizer que no âmbito normativo, do Direito positivo, a responsabilidade civil não tenha se espalhado no ordenamento jurídico, são linguagens diferentes.

Destarte, é possível verificar normas que estabelecem a responsabilização civil no âmbito constitucional, tributário, ambiental, processual⁸²⁶, econômico, trabalhista etc, como ramos científicos metodologicamente circunscritos. Diante disso, a responsabilidade civil acaba por se tornar um dos muitos, institutos convergentes do conhecimento jurídico,

⁸²⁵DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. v. 7. 2º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 4.

⁸²⁶ A respeito da responsabilidade civil no Código de Processo Civil, ensina Humberto Theodoro Júnior que a fonte legal da responsabilidade civil não se localiza apenas na disciplina do direito material, considerando que ao exercer as faculdades inerentes ao processo e ao direito processual prevê a possibilidade de o litigante contrair a obrigação de reparar dano que sua conduta em juízo tenha causado ao adversário (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, a. 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2905>>. Acesso em: 22 dez. 2018).

reunindo enunciados descritivos de diferentes ciências, ditas autônomas. Tais conhecimentos específicos aderem à “Teoria da Responsabilidade Civil”.

A questão é que os princípios estruturantes, os fundamentos e regimes jurídicos da responsabilidade civil, na medida em que se desenvolvem, já que a ciência jurídica não é estanque, são aplicáveis a tais ramos de repercussão sem que isso dê origem a novas searas autônomas de conhecimento científico.

O que se pode dizer hoje, e nisso se concorda com professora Maria Helena Diniz, é que a responsabilidade civil não está mais restrita ao estudo científico do Direito Civil, pois extrapolou essa seara. Inquestionavelmente, os civilistas desempenharam papel importantíssimo no desenvolvimento do instituto, pois mesmo que as linguagens sejam distintas, a doutrina é uma fonte formal do Direito, no entanto, outras searas, onde as normas de responsabilização foram implantadas, tiveram seu contributo, até mesmo o evolucionismo jurídico se encarregou da renovação científica, como se observa do preenchimento do estudo da responsabilidade civil por elementos próprios da seara constitucional.

Como exemplo, o artigo 79 prevê que “responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”, não é viável aplicação dessa regra sem recorrer aos fundamentos e elementos da responsabilidade civil, é necessário, portanto, identificar que se trata de um fator de atribuição subjetivo (dolo), o que é considerado dano, qual a extensão da indenização. Por certo, também, existem conceitos próprios do processo, que são relevantes, quem é considerado autor ou réu, quem pode ser categorizado como interveniente. No entanto, isso não isola a estrutura da responsabilidade que não pode ser afastada.

Nesse sentir, partilha-se do entendimento de Pedro de Albuquerque, quando aduz que o legislador português não realizou distinção de danos causados por uma atividade processual ou extraprocessual, da mesma maneira que o legislador pátrio também não o fez. Partindo dessa lacuna, entende o autor que defender a suposta autonomia requer seja realizada uma “rigorosa interpretação complementadora e *praeter legem* das normas e interesses em jogo de modo a oferecer uma fundamentação dogmática suscetível de representar uma base capaz de justificar a não aplicação das normas da responsabilidade civil a estes casos” ⁸²⁷ - ⁸²⁸.

⁸²⁷ ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 95.

⁸²⁸ Conclui o autor que “em virtude da diversidade de fins de uma e outras, as regras de processo não se sobrepõem às normas materiais e às exigências de cuidado por elas impostas através do sistema de responsabilidade penal” (ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 95).

Vê-se que mesmo adeptos de uma “Teoria da Responsabilidade Processual Civil”, como Fernando Luso Soares e Alexandre Câmara⁸²⁹ ou de uma autonomia relativamente à relação espécie-gênero, como faz Cristiane Druve Tavares Fagundes⁸³⁰, afirmam que em que pese a autonomia, a responsabilidade processual civil lida com os conceitos comuns à responsabilidade civil ou, como diz o autor português, “efectivamente, a responsabilidade processual encontra-se «matriciada» em geral pela responsabilidade civil”⁸³¹⁻⁸³².

Não se prolongará o presente tópico além do necessário, pois como criticamente dizem Guibourg, Ghigliani e Guarinoni⁸³³ “en este juego de inventar debates estériles hay verdaderos campeones: los hombres de leyes, dedicados desde hace muchos siglos a inventar clasificaciones y a trazar sutiles (y siempre convenientes) distinciones”. No entanto, mesmo que o leitor considere tardia a explicação, era fundamental explicar a opção do presente estudo em não tratar de uma “Teoria da Responsabilidade Civil Processual”, mas sim da “Teoria da Responsabilidade Processual”, mesmo que já se tenha apresentado a premissa da unidade estrutural do estudo da responsabilidade civil no item 1.1.1.

Por fim, em referência ao que foi dito no item supra, explica-se que a opção de referir-se à responsabilidade civil processual (e as derivações necessárias), é simplesmente para identificar a seara onde as normas estão sendo aplicadas, ou como diz Piero Pijardi o “*mezzo*” pelo qual o dano é causado, não se tratando, portanto, de um *quartium genus*⁸³⁴. É a mesma ideia de quando se aduz à responsabilidade civil ambiental ou trabalhista, ou mesmo, responsabilidade civil do Estado. No entanto, referir-se apenas à responsabilidade civil, puramente, trás o mesmo efeito prático.

3.1.2 O dano processual e a classificação da responsabilidade civil no processo civil em subjetiva e objetiva

⁸²⁹CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. III. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 93-94.

⁸³⁰FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Responsabilidade objetiva por dano processual**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 89.

⁸³¹SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 42.

⁸³²Em sentido similar Yussef Said Cahali expõem: “Em síntese, podemos dizer que se trata de responsabilidade de natureza processual, em função do meio empregado para a causação do dano; mas que tem seu fundamento na responsabilidade aquiliana estrita (típica)” (CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 40).

⁸³³GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M., GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. 10ª ed. Buenos Aires: EUDEBA, 1993. p. 39.

⁸³⁴PIJARDI, Piero. **La responsabilità por la espese i danni del processo**. Milão: Giuffrè, 1959. p. 22.

Inicialmente, é necessário distinguir o dano processual do dano processualmente discutido. Enquanto o segundo é a origem do processo, o primeiro dá-se em razão do processo, pois “como um fenômeno jurídico, como entidade complexa feita de atividade humana mecanicamente conduzida para a obtenção de um resultado ‘e que tem aspecto econômico pelo seu custo e pelo dano que provoca’”, o processo é fonte de diversos e distintos danos para quaisquer das partes, que resultam dele de forma direta ou indireta⁸³⁵.

Em que pese à distinção da origem do dano, aplica-se o exposto quando se tratou do conceito de dano e dos elementos que o compõe. Assim, também para o dano processual tem-se que o elemento volitivo, culpa *lato sensu*, não se encontra transportada para dentro do conceito, mesmo quando se diz tratar de resultado de ato antijurídico, a expressão possui maior amplitude, para abarcar também os danos decorrentes de atos lícitos, desde que o prejuízo reputado seja injusto. Todavia, não foi este o entendimento que adotado inicialmente pela doutrina.

A dimensão do dano processual sofreu deturpações doutrinárias em virtude da nomenclatura adotada pelo legislador do Código de Processo Civil de 1973 e, também por isso, apresenta-se como conceito que necessita ser aclarado.

A questão que se propõe a enfrentar para traçar o contorno dos danos processuais no Direito pátrio está relacionada ao nascimento do instituto, que inicialmente vinculada os danos processuais a uma atuação pautada na culpa *stricto sensu* ou no dolo. De maneira que somente uma responsabilidade subjetiva era originária de danos processuais. Posteriormente, na medida em que se adotou o entendimento de uma responsabilidade civil processual dúplice (subjetiva e objetiva) houve um alargamento do rol de danos processuais, que foi resultado de um movimento interpretativo da doutrina e jurisprudência e, mais recentemente, contou com a colaboração do legislador, para a esfera publicista, conforme se verá no item 3.1.3.

No entanto, diferentemente do que está firmado na esfera cível e estabelecido pelos artigos 186 e 927 do Código de Civil, onde há uma cláusula geral de danos indenizáveis para as duas espécies, no âmbito da responsabilidade civil processual houve uma “polarização” dos danos indenizáveis a partir de condutas típicas. É dizer: somente naquelas hipóteses descritas pelo legislador processual é que se entendia ser ressarcível o dano.

É neste contexto que se objetiva estudar o dano no sistema processual brasileiro, buscando a profundidade suficiente para traçar a dimensão do dano processual indenizável.

⁸³⁵CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 48.

3.1.2.1 Danos processuais decorrentes da atuação ilícita no processo

O Código de Processo Civil 1973, assim como faz o atual diploma, designava uma seção para tratar de danos processuais, trata-se da Seção II, do Capítulo II, do Livro I, denominada “Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual”. Na referida seção o legislador tratou da responsabilidade das partes por atos ilícitos, configurando, assim, uma responsabilidade subjetiva, cujo fundamento é desenvolvido pela doutrina, com aceitação jurisprudencial⁸³⁶, numa “Teoria do Abuso do Direito”⁸³⁷, dogmaticamente, se referenciado ao art. 187 do Código Civil⁸³⁸.

Segundo Michelle Taruffo⁸³⁹, o abuso de direito no âmbito do processo poderia ser distinguido em duas espécies: o abuso do direito de obter proteção legal de uma corte, que pode ser cometido pelo autor quando é denominado de abuso de direito de ação, ou pelo réu, o chamado abuso de direito de defesa e o abuso de dispositivos processuais singulares⁸⁴⁰.

⁸³⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº. 1726222/SP. Recursos especiais. Ação de cobrança c/c pedido de indenização por danos materiais decorrentes de exercício abusivo do direito de defesa manifestado em ação executiva anterior. Atuação fraudulenta determinante à extinção do feito executivo. Reparação pelos prejuízos percebidos (condenação à verba sucumbencial). Necessidade. Alegação de prescrição. Não ocorrência. Pretensão de compensação. Descabimento. Recurso especial da demandante provido. Recurso especial dos requeridos improvido. 1. (...). O abuso do direito de defesa, em tal circunstância, revela-se manifesto, a configurar ato ilícito, passível de reparação, se a parte lesada vier a sofrer prejuízo, de qualquer ordem, como se deu na espécie. 2. Na função regulatória, a aplicação da boa-fé impõe ao titular de um direito subjetivo a obrigação de, ao exercê-lo, observar, detidamente, os deveres de lealdade, de cooperação e de respeito às legítimas expectativas do outro sujeito da relação jurídica privada. A inobservância desse proceder configura exercício abusivo do direito tutelado, que, na dicção do art. 187 do CC, se reveste de ilicitude, passível de reparação, caso dele advenha prejuízo a outrem. 3. A responsabilização pelos prejuízos decorrentes do exercício excessivo do direito de defesa se dá, em regra, no âmbito do próprio processo em que o ato ilícito foi praticado. Todavia, nada impede que a pretensão reparatória seja deduzida em outra ação, se, por exemplo, o conhecimento da prática do ato ilícito se der em momento posterior ou depender de comprovação que refuja dos elementos probatórios considerados suficientes para o julgamento da ação em que se deu o ilícito. (...). 6. Recurso especial da parte demandante provido; e recurso especial dos demandados improvido. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento em 17.04.2018. Publicação no Diário de Justiça em: 24.04.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700061694&dt_publicacao=24/04/2018>. Acesso em: 23 dez. 2018.

⁸³⁷Fomentaram o debate no Direito pátrio: SANTOS, Ulderico Pires. Ligeiros traços sobre o dano processual no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 246, a. 70, p. 316-319, abr./maio 1974; ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 8, n. 32, p. 28-38, out./dez. 1983.

⁸³⁸Nesse sentido, mas referenciando ao art. 2.043 do Código Civil Italiano Piero Pijardi aduz que “tra il genus e questa specie le differenze sonno di dettaglio, almeno su un piano strutturale se no pratico” (PIJARDI, Piero. **La responsabilità por la espose i danni del processo**. Milão: Giuffrè, 1959. p. 26).

⁸³⁹TARUFFO, Michelle. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**. São Paulo, v. 177, p. 153-167, nov. 2009. p. 159-160.

⁸⁴⁰Yussef Said Cahali destaca que “A primeira e mais importante distinção entre a responsabilidade processual do litigante temerário e a responsabilidade civil do autor da ação temerária diz respeito ao elemento subjetivo: para a responsabilidade processual aquiliana, reclama-se um comportamento típico, enquadrável em qualquer das figuras do art. 17 do CPC, enquanto a culpa aquiliana, como fundamento da responsabilidade civil por ato ilícito, caracteriza-se por sua atipicidade” (CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 54-55).

De acordo com o jurista italiano o abuso do direito de ação ocorre quando um autor promove uma demanda sem qualquer interesse legítimo em fazê-lo, como exemplo cita, ações conduzidas sem qualquer base legal ou fática, ou com o propósito de obter mero conselho legal da corte ou com qualquer outro propósito impróprio ou ilegítimo, ou a fim de perturbar ou intimidar a outra parte. Já o abuso do direito de defesa, segundo o autor, é a contraparte simétrica do direito de ação, aplicando-se, *mutatis mutantis* os meios conceitos, como por exemplo, a resistência injustificada contra pleitos bem embasados e qualquer defesa desprovida de condições fáticas ou legais especificamente exigidas.

De outro lado, o abuso a dispositivos processuais são aqueles estabelecidos pela lei, casos específicos de violação, podendo ocorrer em determinados ordenamentos uma cláusula geral. Não foi esta a opção do legislador brasileiro, que determinou num rol taxativo quais condutas são previstas como atuação de má-fé, ressaltando-se, todavia, “a descrição dos ‘tipos’ nunca pode ser feita com absoluto rigor, que não se compadeceria com a índole da matéria”⁸⁴¹, nesse sentido, as hipóteses legais apresentadas pelo Código de Processo possuem contornos mais ou menos flexíveis, recorrendo-se aos conceitos jurídicos indeterminados.

Diante disso, a responsabilidade por dano processual, conforme ensina Barbosa Moreira é uma das modalidades que o legislador dispôs – e tal assertiva permanece válida com a reprodução do atual diploma das normas previstas pelo seu antecessor para o tema – para sancionar e evitar uma atuação incorreta das partes no processo, a qual se poderia resumir em “falta consciente à verdade, o uso de armas desleais, as manobras ardilosas tendentes a perturbar a formação de um reto convencimento do órgão judicial, ou a procrastinar o andamento do feito”, atuações estas que causam embaraçamento da administração da justiça⁸⁴² e o desvio do rumo justo a atividade jurisdicional⁸⁴³⁻⁸⁴⁴.

⁸⁴¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978. p. 18.

⁸⁴²BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso Extraordinário n°. 27620/SP. Decuplo das custas: e sanção contra o litigante ímprobo que por meios ilícitos perturba a marcha do processo, procrastina-lhe a solução ou procura ludibriar a justiça. E uma correção necessária contra o abuso do direito de demandar, confiada aos tribunais e que obviamente independe de solicitação da parte. Min. Rel. Afrânio Costa. Julgamento em: 17.01.1955. Publicação no Diário de Justiça em 26.05.1955. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=128580>>. Acesso em 23 dez. 2018.

⁸⁴³MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978. p. 15.

⁸⁴⁴Segundo Michele Taruffo, “em tais casos, a sanção natural, definida de acordo com as noções clássicas de responsabilidade civil, é em termos de indenização. A parte que foi prejudicada pela conduta abusiva tem o direito de ser compensada pelos danos que ela sofreu como consequência do abuso. De certo modo, isto pode ser considerado como um efeito da inserção da ideia substantiva de *abus de droit* no domínio processual: danos implicam indenização e indenização pressupõe atos prejudiciais (TARUFFO, Michelle. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**. São Paulo, v. 177, p. 153-167, nov. 2009. p. 164).

No contexto da responsabilidade civil subjetiva no processo, a indenização dos chamados danos processuais, corrobora para a otimização do “Princípio da Probidade”⁸⁴⁵ e, de uma forma mais ampla, da boa-fé e lealdade no processo⁸⁴⁶, combatendo o chamado “liberalismo processual”⁸⁴⁷, pautado na ideia de que o processo é ferramenta sujeita ao alvedrio dos litigantes, que podem munir-se de quaisquer armas na defesa de seus interesses. No entanto, não se deve atribuir à indenização por danos processuais um aspecto integralmente sancionatório, tampouco atribuir à multa por litigância de má-fé a posição ressarcitória.

Simultaneamente, o diploma processual estabelecia outro modelo de responsabilidade civil, determinando a reparação de danos sem qualquer análise acerca do elemento subjetivo, era o caso dos danos causados pela execução de medida cautelar ou execução provisória, conforme previsto no art. 588, I e art. 811 do CPC/73 e, ainda, as verbas sucumbenciais previstas no art. 20 do mesmo diploma.

Apesar da convivência normativa de uma responsabilidade civil processual subjetiva e objetiva, conforme autores de grande renome reconheceram, a nomenclatura adotada pelo diploma processual, mantida pela atual codificação, acabou por influenciar parte da doutrina, estabeleceu-se uma concepção de dano processual relacionada, apenas, com a conduta ilícita, como se observa no texto clássico de Barbosa Moreira, em que o autor esclarece que a responsabilidade prevista nos artigos 588, I e 811 do CPC/73 não está encampada pela

⁸⁴⁵Segundo Alcides Mendonça de Lima, o “Princípio da Probidade” foi “concebido para refrear os impulsos (de certo modo explicáveis, mas não justificáveis) dos litigantes e de seus procuradores, no sentido de obstar que transformassem o processo em meio de entrechoques de interesses escusos, com o emprego de toda a série de embustes, artifícios, atitudes maliciosas e, sobretudo, a mentira. Com isso, as partes não pleiteiam, em última análise, o reconhecimento de um ‘direito’, mas, sim, de um falso ‘direito’, que se transmudaria em injustiça e em ilegalidade, burlando o juiz, que poderia terminar sendo cúmplice inocente e involuntário de nociva decisão” (LIMA, Alcides Mendonça de. O princípio da probidade no Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 268, dez. 1979. p. 30).

⁸⁴⁶CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 126, p. 59-78, ago. 2005. p. 63.

⁸⁴⁷A boa-fé, segundo Fredie Didier seria “a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do ‘abuso do direito’ processual (desrespeito à boa fé objetiva), que se caracteriza independentemente de a atuação do sujeito processual estar fundada em má fé. Além disso, o princípio da boa fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má fé (sem boa fé subjetiva). Ou seja, a cláusula geral da boa fé processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre a boa fé processual objetiva e subjetiva. Mas ressalte-se: o princípio é o da boa fé processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir com má fé (DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 85-86).

“responsabilidade por dano processual”, tal qual o art. 20 do mesmo diploma, pautado que está na sucumbência⁸⁴⁸.

De acordo com tal entendimento, que encontrou ressonância na doutrina⁸⁴⁹, passa-se a conceber o dano processual, de uma forma ampla, como “prejuízos causados pelo comportamento incorreto à outra parte”⁸⁵⁰ no processo. Ressaltando-se que os comportamentos incorretos são os previstos no art. 80 do Código de Processo Civil (art. 17 do CPC/73), haja vista ter o Brasil adotado um modelo casuístico.

A primeira questão que se apresenta é a dimensão do que vem a ser prejuízo no contexto do dano processual polarizado em uma responsabilidade subjetiva.

O art. 79 do Código de Processo Civil, e não há prejuízo em apontar o dispositivo do novo diploma, uma vez que repete o art. 16 do CPC/73, estabelece “que responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

Segundo Carnelutti⁸⁵¹ é por existir distribuição de bens em dinheiro motivada pelo próprio processo que havendo um deslocamento de riqueza em razão deste, cumpre o Direito realizar uma redistribuição não só quanto ao que se perdeu, mas também ao que se deixou de ganhar. Logo, para o autor os danos processuais se dividiriam, também, em “dano emergente”, por exemplo, gratificações, retribuições para substituir a parte, em trabalhos que não possa atender para dar assistência ao processo, e “lucro cessante”, exemplificável com ganho perdido por uma parte em razão de comparecimento em interrogatório em razão do qual deixa de realizar trabalho.

Esse entendimento é notado também em Chiovenda⁸⁵², que diferencia danos processuais de despesas, dizendo que ambos são uma diminuição do patrimônio, mas estas são um “desembolso em dinero”. Diante desse cenário, Piero Pijardi⁸⁵³ conceitua os danos processuais como sendo as diminuições patrimoniais que não se constituírem,

⁸⁴⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978. p. 18-19.

⁸⁴⁹CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 48-49; BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. **Da sucumbência no processo civil: princípio da causalidade – hipótese de relativização**. Campinas: Servanda Editora, 2007. p. 50-51; SANTOS, Ulderico Pires. Ligeiros traços sobre o dano processual no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 246, a. 70, p. 316-319, abr./maio 1974.p. 316. ; ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 8, n. 32, p. 28-38, out./dez. 1983. p. 27.

⁸⁵⁰MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978. p. 17.

⁸⁵¹CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 171.

⁸⁵²CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 466.

⁸⁵³PIJARDI, Piero. **La responsabilità por la espese i danni del processo**. Milão: Giuffrè, 1959. p. 25.

especificamente, em despesas, logo sem desembolso de dinheiro, e, ainda, assim, se constituir em uma perda econômica, sofrida pela parte como consequência direta e imediata do processo.

Indubitavelmente, há uma noção patrimonialista do conceito de dano processual cunhado pela doutrina tradicional, pautada na ideia naturalística de dano já abordada o item 2.2: a redução patrimonial. Ocorre que é necessário levar em consideração, que quando a temática foi abordada por Carnelutti, Chiovenda e Pijardi a construção do dano, no contexto de uma “Teoria da Responsabilidade Civil”, era insipiente e restrita aos danos patrimoniais.

Assim, é possível observar que na medida em que houve a ampliação da cartela de danos injustos, alcançando-se os danos extrapatrimoniais, também os danos processuais caminharam para admiti-los. Nesse sentido, Carvalho Dias⁸⁵⁴ aduz que “os danos indenizáveis são os materiais e morais que dizem respeito aos negócios extraprocessuais desfeitos, danos causados pela indevida litigância”⁸⁵⁵⁻⁸⁵⁶.

Ainda em relação ao conteúdo do dano processual, Barbosa Moreira⁸⁵⁷ ensina que a menção expressa de “honorários advocatícios e despesas processuais” determinaria, que tais parcelas devem, obrigatoriamente, compor a indenização, independentemente de o litigante de má-fé sagrar-se vencedor ou vencido, ao fim do processo, portanto, são espécies de dano processual e não substitutos da expressão⁸⁵⁸. Trata-se, segundo Chiovenda⁸⁵⁹, de uma

⁸⁵⁴CARVALHO DIAS, Ronaldo Bretãs. **Fraude no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 46.

⁸⁵⁵Estreitamente, exemplifica: “abalo no conceito comercial perante a praça, embaraços para exercer o direito de construir e contratar, perda de crédito bancário, entre outros” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Bretãs. **Fraude no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 46).

⁸⁵⁶No mesmo sentido em tese de doutorado Lúcio Grassi de Gouveia defende que “no caso do processo civil, se as condutas previstas no art.17 podem gerar danos patrimoniais, podem gerar também danos morais, posto que a parte contrária é atingida no seu direito de ter um processo governado pela probidade, sendo prejudicada muitas vezes pelo descumprimento do princípio da efetividade processual, o que lhe gera uma sofrida ansiedade” GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *A Litigância de má-fé no processo civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2002. p.506.

⁸⁵⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978. p. 18.

⁸⁵⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso Extraordinário nº. 90.089/RS. Honorários de advogado. Entre o mínimo e o máximo previstos em lei, sua fixação deve atender aos critérios enumerados nas letras a, b e c, do par 3, do art. 20 do código de processo civil, não sendo admissível exasperá-los para punir eventual má-fé de litigante, que da causa a outro tipo de sanção. Recurso extraordinário conhecido e provido, na parte relativa aos honorários. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Julgamento em: 10.10.1978. Publicação no Diário de Justiça em: 07.11.1978. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=183763>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

⁸⁵⁹Transcreve-se a exposição do autor: “El fundamento normal y puramente objetivo de la condena en costas – vencimiento en juicio – queda relegado a segundo término y es absorbido por la concurrencia de circunstancias subjetivas en el vencido que puedan hacerle responsable del pleito, no por una mera relación de causalidad, sino en concepto de autor voluntario y consciente de la injusticia reconocida por el juez. La responsabilidad de vencido en este caso pierde lo que pudiera tener de excepcional; las costas – supuesto que el juicio no haya producido otras consecuencias – serán debidas, como suele decirse, a título de daños, debiendo entenderse, no que lo sean sin que aquí son debidas en virtud del principio ordinario del resarcimiento de daños”

substituição do fundamento objetivo pela análise do elemento subjetivo, assim as despesas passam a ser devidas com base no “principio ordinario del resarcimiento de daños”.

Ademais, incorporariam, ainda, sob a rubrica danos processuais outras parcelas que não referidas expressamente, mas que poderiam ser entendidas como despesas processuais se relacionadas diretamente com o processo e não reputada supérflua pelo Magistrado⁸⁶⁰ e desde que devidamente comprovadas, Chiovenda chama-as de “costas no reclamables”⁸⁶¹, cuja tradução para o português, realizada por Yussef Said Cahali é de “despesas irrepitíveis”, para quem, pela falta de critério, corresponde ao “prejuízo causado pelo processo, de que cuida a lei, e como consequência da temeridade do outro litigante”⁸⁶²⁻⁸⁶³.

Para finalizar, a questão do dano processual polarizado pela responsabilidade subjetiva, Barbosa Moreira, relativamente às despesas, ressalva que se a parte que houver comportado como litigante de má-fé apenas em algum incidente do processo sagra-se vencedora do litígio somente indenizará as despesas que houver resultado da conduta incorreta. No entanto, parece ser outra a redação legal, quando dispõe que serão indenizadas “todas as despesas” efetuadas. Ressaltando-se que o *quantum debeatur* o novo diploma processual, diferentemente do anterior, prestigia o “Princípio da Reparação Integral”, condicionando, por certo, à comprovação dos danos⁸⁶⁴, não estabelecendo o teto de 20% sobre

(CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 406).

⁸⁶⁰ Acerca da apuração da necessidade e utilidade Chiovenda explica “Las costas han de ser motivadas por el deseo de obtener la declaración del derecho. Pero el concepto de esta necesidad no es absoluto, puesto que en él entra también el de la utilidad. Siedo éstas las únicas condiciones exigidas para el reintegro de las costas, es decir, las de ser motivadas por el pleito y la de responder a la finalidad que con él se persigue” (CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 467).

⁸⁶¹ CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 468.

⁸⁶² CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 50.

⁸⁶³ Barbosa Moreira cita como exemplo: “gastos com a obtenção de certidões ou outros documentos necessários à instrução da causa, com a extração de fotocópias ou reproduções de qualquer natureza, com a tradução de documentos redigidos em língua estrangeira, para serem juntos aos autos, honorários pagos a juristas consultados pela elaboração de pareceres” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978. p. 18); Vecchione, citado por Yussef Said Cahali, exemplifica: “não são repetíveis as despesas que a parte enfrenta para ir ao lugar onde está a sede do juízo, nem aquelas que a parte deve enfrentar para recolher os meios de prova, nem aquelas que derivam do temporário abandono da própria atividade para participar pessoalmente da audiência ou para conferenciar com seu defensor, nem aquelas, enfim, que tenha tido de suportar pelo correspondente honorário advocatício contratado em quantia superior àquela reputada congrua pelo juiz” (VECHIONE, Renato. Spese giudiziali Apud CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 52).

⁸⁶⁴ O Superior Tribunal de Justiça em recente decisão tornou desnecessária a comprovação do dano para aplicação da multa por má-fé processual, para o ressarcimento do dano, enquanto pressuposto da responsabilidade civil necessita ser devidamente provado: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso especial. Processual civil. CPC/73. Litigância de má-fé. Dano processual. Desnecessidade de demonstração para aplicação da multa a que alude o art. 18 do CPC/73. Impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ.1. O dano processual não é pressuposto para a aplicação da multa por litigância

o valor da causa, colocando também fim a discussão acerca do meio de liquidação, desde já estabelecendo que seja realizada nos próprios autos.

Acerca da aplicação da responsabilidade subjetiva ao Estado litigante, é preciso uma análise dúplici. Quando à Fazenda Pública parece não haver dúvida a respeito da aplicação, conforme se observa na posição do STF⁸⁶⁵-⁸⁶⁶ ao tratar do caso “Escola Base”, em que se aplicou multa à Fazenda de São Paulo pelo abuso do direito de recorrer. De outro lado, no que se refere aos membros do Ministério Público, Defensoria Pública e Advogados Públicos a doutrina⁸⁶⁷ e a jurisprudência formada⁸⁶⁸ é no sentido de que não responderá pelos atos

de má-fé a que alude o art. 18 do CPC/73, que configura mera sanção processual, aplicável inclusive de ofício, e que não tem por finalidade indenizar a parte adversa. 2. Caso concreto em que se afirmou no acórdão recorrido que a conduta do recorrente foi de má-fé por ter instaurado incidente infundado e temerário, não tendo se limitado ao mero exercício do direito de recorrer, mas tendo incidido em diversas das condutas elencadas no art. 17 do CPC/73 (art. 80 do CPC/15). 3. Impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. 4. Recurso Especial desprovido. Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Julgamento em: 21.02.2017. Publicação no Diário de Justiça em: 04.04.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602518204&dt_publicacao=04/04/2017>. Acesso em: 23 dez. 2018. No entanto, há decisões anteriores que demonstravam a desnecessidade de comprovação do dano tanto para a multa quando para a indenização: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial n.º. 872978/PR. Processual civil. Condenação da Fazenda Pública. Juros de mora. Percentual de 6% ao ano. Legalidade. Previsão da MP n. 2.180/01. Litigância de má-fé. Reexame de prova. Incidência da súmula n.º. 7/STJ. Indenização. Prova do prejuízo à parte contrária. Desnecessidade. 1. (...). 2. O recorrente insurge-se também contra a ausência de condenação imposta a título de litigância de má-fé, afirmando não ser imprescindível a comprovação do prejuízo à parte contrária. 3. Em relação à necessidade de comprovação do prejuízo para a condenação ao pagamento da indenização à parte recorrida, conforme estabelecido no artigo 18, caput e § 2º, do Código de Processo Civil. O referido dispositivo legal estabelece que, uma vez configurada a litigância de má-fé, impõe-se a condenação de multa e indenização dos prejuízos que a parte contrária sofreu. Em momento algum a lei processual exige que haja prova do prejuízo. 4. (...). Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento em: 07.10.2010. Publicação no Diário de Justiça: 07.10.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601772579&dt_publicacao=25/10/2010>. Acesso em: 23 dez. 2018.

⁸⁶⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo de Instrumento n.º. 490785/SP. 1. Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento em: 24.05.2005. Publicação no Diário de Justiça em: 17.06.2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368035>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

⁸⁶⁶CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 137.

⁸⁶⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 167; LOPES, João Batista. O Juiz e a Litigância de Má-Fé. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 740, p. 128-33, 1997. p. 132; Em sentido contrário: OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. **Litigância de Má-Fé**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 70.

⁸⁶⁸BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º. 59322/MG. Processual civil. Recurso em mandado de segurança. Ato judicial. Impetração. Excepcional cabimento. Ilegalidade, teratologia ou abuso de poder. Advogado. Terceiro interessado. Súmula n. 202/STJ. Litigância de má-fé. Imposição de multa ao profissional. Impossibilidade. Recurso provido. 1. (...). 2. Os advogados, públicos ou privados, e os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não estão sujeitos à aplicação de pena por litigância de má-fé em razão de sua atuação profissional. Eventual responsabilidade disciplinar decorrente de atos praticados no exercício de suas funções deverá ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, a quem o magistrado oficiará. Aplicação do art. 77, § 6º, do CPC/2015. Precedentes

previstos no art. 80 do Código de Processo Civil, pois neste caso a responsabilidade subjetiva será aquela prevista especificamente para o agente público no art. 181⁸⁶⁹, 184⁸⁷⁰ e 187⁸⁷¹ do diploma processual.

Diante do exposto, o conceito de dano processual, enquanto restrito a uma responsabilidade civil processual subjetiva, nos contornos assumidos pela doutrina clássica, pode ser descrito como os prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais, acrescidos das despesas processuais e honorários advocatícios, decorrente de atuação com má-fé do autor, réu ou interveniente do processo⁸⁷², no qual se excetua o Ministério Público, que corresponde aos tipos previstos no art. 181, do Código de Processo Civil.

do STJ. 3. (...). Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgamento em: 05.02.2019. Publicação no Diário de Justiça em: 14.02.2019. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802982295&dt_publicacao=14/02/2019>.

Acesso em: 15 mar. 2019.

⁸⁶⁹Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

⁸⁷⁰Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

⁸⁷¹Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

⁸⁷²Discute-se na doutrina a possibilidade responsabilizar também o advogado pelos danos que causar atuando com má-fé. Por não se tratar de tema objeto de investigação no presente, a guisa de complementação sintetizando a problemática, tem-se, como ensina Roberto Rosas, que “os efeitos danosos das práticas do advogado recaem sobre o patrimônio do cliente” (ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 8, n. 32, p. 28-38, out./dez. 1983. p. 35). Em síntese, esclarece Helena Najjar Abdo: “é opinião praticamente unânime da doutrina a de que, tanto nos casos em que o advogado atuou com culpa quando naqueles em que houve dolo e conluio entre o procurador e constituinte, resta ao cliente apenas o direito de ingressar com demanda regressiva para ver-se ressarcido em relação à porção de prejuízos cabentes ao profissional, incumbindo-lhe, ainda, fazer a prova (i) do dolo e da (ii) participação deste último” (ABDO, Helena Najar. **Abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 178). A jurisprudência não é firme, ora condenando diretamente o advogado, ora condenando a parte para posterior regresso: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº. 986443/RJ. Processual Civil. Recurso Especial. Preparo Irregular. Descumprimento Da Resolução 12/2005 DO STJ. Deserção - litigância de má-fé - aplicação ex officio de multa. 1. Nos termos da Resolução 12/2005 do Superior Tribunal de Justiça, o número do processo deve constar, obrigatoriamente da GRU (Guia de Recolhimento à União), sob pena de deserção. 2. Aplicação de multa de 1% (um por cento), além de indenização de 3% (três por cento), ambos incidentes sobre o valor atualizado da causa, a ser suportada pelo advogado subscritor do recurso, em razão da rasura e da adulteração da guia, tudo com apoio nos termos do art. 14, II c/c 17, VII e 18, caput do CPC, pois é dever das partes e dos seus procuradores proceder com lealdade e boa-fé. 3. Recurso especial não conhecido. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 06.03.2008. Publicação no Diário de Justiça em: 16.05.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701706966&dt_publicacao=16/05/2008>. Acesso em: 23 dez. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº 140.578/SP. Direito civil e processual civil. Direito das coisas. Recurso especial. Violação do art. 535, do CPC. Não-ocorrência. Julgamento *citra petita* e *ultra petita*. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Ofensa aos arts. 1.177 a 1.198 do CPC. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Usucapião extraordinária. Recurso que não impugna todos os fundamentos do acórdão recorrido. Súmula 283/STF. Ademais, conclusões ancoradas no acervo probatório produzido nos autos. Súmula 07/STJ. Condenação do recorrente e de seu procurador por litigância de má-fé. Violação dos arts. 165 e 458 do CPC. Não-ocorrência. Fundamentação robusta. Condenação do recorrente vinculada ao valor venal do imóvel. Ausência de amparo legal. Condenação do advogado afastada. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. 1. (...). 5. Nos termos do art. 18, § 2º, do CPC, “o valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa”, razão por que a vinculação ao valor do imóvel deve ser afastada, subsistindo, porém, a condenação

3.1.2.2 Danos processuais decorrentes do risco no processo

A definição de danos processuais supra não está incorreta, mas encontra-se incompleta, haja vista dá-se com base, exclusivamente, em uma visão mononuclear do dano processual, pautada na concepção de que a responsabilidade civil no processo equivale-se unicamente à responsabilidade subjetiva, e ainda, acerca dessa deixa escapar normas como as do artigo 158⁸⁷³ do Código de Processo Civil que dispõe sobre a responsabilidade do perito que atuar por dolo ou culpa, prestando informações inverídicas. Nesse sentido, vem a calhar entendimento manifestado por Ulderico Pires dos Santos no primeiro ano de vigência do Código de Buzaid: “O dano reparável não será mais apenas o que decorrer da violação da lei: se-lo-á também o decorrente do procedimento manifestamente contrário à boa-fé e às regras de conduta no processo”

Ademais, como já se falou na introdução desse tópico, o sistema processual civil brasileiro, desde o Código de Processo Civil de 1973 abarca, também, uma responsabilidade civil processual objetiva “resultante do simples fato do dano, oriunda do risco ou do ônus assumido pelo agente, sem qualquer conotação subjetiva”⁸⁷⁴.

A compreensão exige um retorno à tutela da conduta processual no Código de Processo Civil de 1973.

O “Código de Buzaid” pode ser considerado como último respiro de uma “fase processualista” (autonomista ou cientificista) do direito processual civil, que é marcada pela colocação da ação no pólo metodológico da teoria processual. Nesse ponto, a ciência processual é concebida e consolidada e, para tanto, a ação significou o principal elemento

por litigância de má-fé no percentual de 20% sobre o valor atualizado da causa. 6. Responde por litigância de má-fé (arts. 17 e 18) quem causar dano com sua conduta processual, que, nos termos do art. 16, somente podem ser as partes, assim entendidas como autor, réu ou interveniente em sentido amplo. Com efeito, todos que de qualquer forma participam do processo têm o dever de agir com lealdade e boa-fé (art. 14, do CPC). Porém, em caso de má-fé, somente os litigantes, estes entendidos tal como o fez Pontes de Miranda, estarão sujeitos à multa e indenização a que se refere o art. 18, do CPC. Os danos causados pela conduta do advogado deverão ser aferidos em ação própria para esta finalidade, sendo vedado ao magistrado, nos próprios autos do processo em que fora praticada a conduta de má-fé ou temerária, condenar o patrono da parte nas penas a que se refere o art. 18, do Código de Processo Civil. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 20.11.2008. Publicação no Diário de Justiça: 15.12.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199700496767&dt_publicacao=15/12/2008>. Acesso em: 23 dez. 2018.

⁸⁷³Art. 158. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado para atuar em outras perícias no prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, independentemente das demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para adoção das medidas que entender cabíveis.

⁸⁷⁴LACERDA, Galeno Velhino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII. t. I: arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 311.

diferenciador entre o direito material e o direito processual, mostrando-se necessário para a autonomia científica do direito processual. A jurisdição assume um papel diferente, haja vista não mais se direcionar a tutela de direitos subjetivos, e sim voltada a realizar o direito objetivo posto pelo Estado, além de pacificação social. Nesse contexto, o processo deixa de ser simples procedimento e adquire *status* publicístico⁸⁷⁵.

A colocação da ação e, consequentemente, da própria lide como o foco do processo, trouxe uma disciplinada mais ativa da atuação da partes na defesa do interesse, justamente para afastar a ideia de que a liberdade no processo representa um dogma, um direito natural, inviável de ser restrita⁸⁷⁶, razão pela qual o diploma processual inova no estabelecimento de uma “Responsabilidade por danos processuais”.

No entanto, ressalta-se que já na égide do Código de Processo Civil de 1939 havia previsão expressa no art. 3º⁸⁷⁷ de pagamento de perdas e danos em razão de “intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro” ou, ainda, do abuso de direito, que “verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuzer, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”.

Desta maneira, observa-se que a responsabilidade civil processual subjetiva já encontrava alguma estabilidade no ordenamento jurídico e, conforme expõe Ulderico Pires dos Santos⁸⁷⁸ foram muitos os juristas pátrios que trataram do assunto. Já a responsabilidade civil objetiva foi efetivamente inovação do legislador de 1973⁸⁷⁹, pois única espécie até então admitida era aquela decorrente da sucumbência no processo, no entanto, com as disposições dos artigos 588, I, posteriormente substituído pelo art. 475-O, e 811, passou-se a admitir responsabilidade pela efetivação de tutela cautelar e execução provisória com fundamento no risco do processo.

⁸⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 32-34.

⁸⁷⁶ SANTOS, Ulderico Pires. Ligeiros traços sobre o dano processual no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 246, a. 70, p. 316-319, abr./maio 1974. p. 317.

⁸⁷⁷ Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuzer, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

⁸⁷⁸ SANTOS, Ulderico Pires. Ligeiros traços sobre o dano processual no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 246, a. 70, p. 316-319, abr./maio 1974. p. 318.

⁸⁷⁹ Nesse sentido é a exposição de José Olympio de Castro Filho: “agora, no Código atual, se no processo principal a sentença for desfavorável ao requerente do processo cautelar, tenha este agido ou não, com culpa, dolo, erro ou fraude, responderá pelo prejuízo causado, no arresto, no seqüestro, na busca e apreensão etc. Quer dizer, é, sem dúvida, a consagração, neste Código, do princípio da responsabilidade processual objetiva: não se cuida mais da intenção de lesar, da fraude ou dolo, mas, apenas se cuida de verificar se aquele que requereu um arresto, uma busca, uma exibição de livros ou um protesto etc., decaiu ou não, da sentença, na ação principal” (CASTRO FILHO, José Olympio de. Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 246, a. 70, p. 212-216, abr./jun. 1974. p. 212.

Necessário destacar, ainda, que o atual sistema de processo civil admite outras espécies de dano processual decorrente de uma responsabilidade objetiva, é o que se pode dizer da responsabilidade pelo descumprimento do exposto no art. 339 do diploma processual, determinando o legislador que incumbe ao réu, quando alegar ilegitimidade, indicar o sujeito passivo da relação se tiver conhecimento “sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação”.

No mesmo sentido, é a responsabilidade da instituição financeira que realizar indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução pelo juiz, ou pelo não cancelamento de indisponibilidade, no prazo de 24 (vinte quatro) horas, se o juiz determinar, estatuída no art. 854, §8º do Código de Processo Civil.

É possível se falar, ainda, no ressarcimento dos danos causados pelo desfazimento por decisão judicial da hipoteca judiciária, prevista no art. 495 do Código de Processo Civil, considerando a restrição ocasionada ao direito de propriedade⁸⁸⁰. Esses menos comuns de serem debatidos na doutrina.

3.1.2.2.1 Danos processuais decorrentes da efetivação de tutela provisória e execução provisória

Como ensina Donaldo Armelin ao tratar das medidas cautelares, mas extensível às execuções provisórias, a responsabilidade civil nestes casos “não emerge do ato ilícito *stricto sensu*, ou seja, daquela ação ou omissão coloridas de dolo ou culpa”, mas “pura e simplesmente tem sua gênese na cominação explícita constante da sentença ou decisão que Concede à execução da medida”⁸⁸¹.

O entendimento consolidou-se na doutrina⁸⁸² e na jurisprudência⁸⁸³. E, com a adição do art. 273 no CPC/73, tratando das tutelas antecipada, não houve adoção de posicionamento

⁸⁸⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis; MARQUES, Bruno Pereira. Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de “insucesso final” da ação de improbidade administrativa. **Revista jurídica**. São Paulo, v. 62, n. 440, p. 10-44, jun. 2014. p. 26.

⁸⁸¹ ARMELIN, Donaldo. Perdas e danos. Responsabilidade objetiva pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má-fé. Forma mais adequada de liquidação. Indenização fixada pelos índices da ORTN. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, p. 222- 237, jul./set. 1985. p. 223.

⁸⁸² A doutrina é vasta nesse sentido, a título de exemplificação cita-se os autores de renome: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. XII. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 99; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo cautelar**. v. 4., São Paulo: RT, 2010. p.188 e 375. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1130; LACERDA, Galeno Velhino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII. t. I: arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 311 e 313; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. 4ª ed. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 98.

do legislador, tal como fez com as medidas cautelares, embora fizesse referência expressamente ao art. 588, em seu parágrafo terceiro⁸⁸⁴. Ficou ao encargo da doutrina e da jurisprudência uma nova ampliação de situações capazes de gerar dano processual.

O entendimento firmado é de que aos danos causados pela efetivação de tutela antecipada deveriam receber o mesmo tratamento do art. 811 do CPC/73. Segundo Humberto Theodoro Jr. “não só porque pertencem ao mesmo gênero das medidas cautelares – tutela provisória de urgência – como porque o legislador, ao regulá-las, fez expressa referência ao art. 588”, acrescenta, ainda, o autor que também pelo requisito de irreversibilidade, tem-se que caso haja insucesso da parte autora no julgamento final da causa, o único meio de tornar reversível o provimento é pela reposição das coisas no *status quo ante*⁸⁸⁵⁻⁸⁸⁶.

Necessário ressaltar, todavia, que parte da doutrina entendia que no que se refere responsabilidade pela efetivação de medida cautelar com posterior não reconhecimento na tutela final do direito inicialmente provável, especificamente os incisos I e IV do art. 811, a

⁸⁸³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº. 1576994/SP. Recurso especial. Cumprimento provisório de sentença que vem a ser modificada com redução expressiva do valor executado. Responsabilidade objetiva do exequente pelos danos suportados pelo executado. Necessidade de restituição das partes ao estado anterior. Art. 475-O, I e II, do CPC/1973. Possibilidade, ante as peculiaridades do caso, de que o credor reembolse o devedor pelas despesas por este realizadas com a contratação de carta de fiança para garantia do juízo. Recurso provido. 1. Como regra, ante a possibilidade de modificação do título judicial que ampara a execução provisória, ao credor é imposta a responsabilidade objetiva de reparar os eventuais prejuízos causados ao devedor, restituindo-se as partes ao estado anterior. Nessas hipóteses, a apuração dos danos sofridos pelo executado poderá ocorrer nos mesmos autos, mediante liquidação por arbitramento. Inteligência do art. 475-O, I e II, do CPC/1973.2. No caso, verifica-se que o flagrante excesso de execução, provocado pela cobrança prematura da dívida - da ordem de mais de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais) -, foi determinante para a opção que fez a seguradora/executada de contratar uma carta de fiança, como meio de garantia do juízo, a fim de oferecer impugnação. Ademais, diante das circunstâncias, a medida mostrou-se prudente e acertada, pois, a um só tempo, possibilitou à empresa exercer sua defesa, além de lhe assegurar um fluxo de caixa que lhe permitiu arcar com as despesas que são próprias de sua atividade fim, inclusive, no que se refere ao pagamento das indenizações contratadas. 3. (...). Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento em: 21.11.2017. Publicação no Diário de Justiça: 29.11.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600029270&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 27 dez. 2018.

⁸⁸⁴Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

⁸⁸⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, a. 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2905>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

⁸⁸⁶Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 216; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 673. LOPES, João Batista, Tutela Antecipada no processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.14. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 368. Em sentido diverso: MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: RT, 2013. p. 161. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 89-90. FERREIRA, Willian Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 35, n. 188, p. 9-51, out. 2010, p. 31.

responsabilidade seria subjetiva, de maneira que “só há responsabilidade objetiva diante da sentença de improcedência quando a tutela provisória é obtida de forma injustificada, isto é, com violação à ordem jurídica (por exemplo, com base em prova falsa)”⁸⁸⁷⁻⁸⁸⁸, no entanto, o posicionamento adotado pela jurisprudência⁸⁸⁹ é que indistinção, tratando de responsabilidade em todas as hipóteses do artigo retromencionado.

A responsabilidade objetiva, dentro da retrospectiva que se propôs a realizar, demonstra um compromisso ideológico do legislador com a segurança jurídica na ação,

⁸⁸⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 314.

⁸⁸⁸Pela importância, trancreve-se o excerto onde os autores defendem, já sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015, mas perfeitamente amoldável ao diploma anterior como bem esclarecem: A posição de que nos casos de responsabilidade pela efetivação de medida cautelar com posterior não reconhecimento na tutela final do direito inicialmente provável, especificamente os incisos I e IV do art. 811, a responsabilidade seria subjetiva, nesse sentido defendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “Como diante do direito anterior, porém, é preciso distinguir as hipóteses: é certo que nas hipóteses dos incisos II e III do art. 302, CPC, pode-se falar em responsabilidade objetiva. No entanto, nas hipóteses dos incisos I e IV a responsabilidade tem de ser subjetiva. Isso porque, se a tutela provisória é necessária e devida, conforme a apreciação sumária do juízo, torná-la posteriormente indevida e atribuir responsabilidade objetiva pela sua fruição implica ignorar efetiva existência da decisão que anteriormente a concedeu. Em outras palavras, significa desconsiderar o juízo sumário, como se nunca houvesse existido, apagando-o retroativamente. É claro que o juiz pode considerar inexistente o direito antes conhecido como provável. Não pode, contudo, apagar a existência do juízo sumário. O juízo exauriente substitui o juízo sumário, mas não apaga a sua existência. Nesses casos, a responsabilidade civil pela fruição da antecipação da tutela depende da alegação e prova de dolo ou culpa, porque amparada em um legítimo exercício de poder estatal. Só há responsabilidade objetiva diante da sentença de improcedência quando a tutela provisória é obtida de forma injustificada, isto é, com violação à ordem jurídica (por exemplo, com base em prova falsa) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 314-315). No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. Comentários aos artigos 294 a 302. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book (p. 737). ISBN 98-85-203-5932-7; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 231; GOMES, Fábio Luiz. **Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela: a superação do paradigma da modernidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 244.

⁸⁸⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº. 1327056/PR. Processo civil. Recurso especial. Liquidação. Prejuízos. Liminar. Sentença improcedência. Responsabilidade objetiva. Prova do dano. Necessidade. Coisa julgada. Correspondência. Inaplicabilidade. Juros moratórios. Responsabilidade extracontratual. Termo inicial. Evento danoso. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/STF. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Artigos analisados: arts. 535 e 811 do CPC. 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 13/06/2012, no qual discute se houve violação da coisa julgada ao se determinar o valor da indenização em sede da liquidação de prejuízos requerida com fulcro no art. 811 do CPC. Ação cautelar ajuizada em 1987.2. (...) . 5. O art. 811 do CPC trata de hipótese de responsabilidade processual objetiva do requerente da medida cautelar, derivada, por força de texto expresso de lei, do julgamento de improcedência do pedido deduzido na ação principal. 6. Para a satisfação de sua pretensão, basta que a parte lesada promova a liquidação dos danos - imprescindível para identificação e quantificação do prejuízo -, nos autos do próprio procedimento cautelar. 7. Não há que se perquirir se houve violação à coisa julgada pelo acórdão recorrido ao interpretar a decisão liquidanda e fixar o valor devido a título de indenização porque não houve coisa julgada a esse respeito, sendo inaplicáveis à hipótese os arts. 471; 473; 474 do CPC. 8. O fato de a obrigação somente ter se tornado líquida após a perícia não elide a constatação de que os danos foram suportados pela recorrente desde a concessão da liminar e, portanto, desde então, deve haver a incidência dos juros. Incidência Súmula 54/STJ. 9. Recurso especial parcialmente provido. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 24.09.2013. Publicação no Diário de Justiça: 02.10.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201162370&dt_publicacao=02/10/2013>. Acesso em: 27 dez. 2018.

principalmente de interesses patrimoniais, todavia relacionando-a ao êxito na lide, de maneira que a parte que houvesse aferido benefício econômico de modo provisório, havendo posteriormente decisão definitiva reconhecendo a inexistência do direito que fundou decisão precária, se sujeita ao ressarcimento da parte injustamente prejudicada, vencedora da ação, considerando que a ideia de justiça encontra-se atrelada à própria noção de definitividade⁸⁹⁰.

Atualmente, muito embora o Código de Processo Civil tenha extinguido a disciplina específica das medidas cautelares, a responsabilidade civil processual objetiva manteve-se sob a mesma concepção⁸⁹¹, aplicando-se à tutela urgência, nomenclatura genérica, nos termos do art. 302, à execução de sentença provisória que condenou ao pagamento de quantia, conforme art. 520 e aos consectários de sucumbência, com previsão no art. 82,§2º.

O Código de Processo Civil, adotando um tratamento geral para as tutelas de urgência, que abarca tanto a cautelar como a antecipada, colocou fim a discussão sobre a divergência de tratamento quanto aos danos processuais, mantendo um regime único a partir do rol taxativo de hipóteses em que os danos são indenizáveis. No entanto, outra questão surge: por ter colocado tal disposição apenas no âmbito da tutela provisória de urgência há possibilidade de estender os danos processuais também para a concessão de tutela de evidência, ou, ainda, para a tutela antecipada que se tornar estável.

No que se refere à extensão para a tutela antecedente, parece não haver maiores complicações, considerando que o art. 302 do Código de Processo Civil é uma norma genérica, aplicável à tutela urgência, independentemente se esta será incidental ou antecedente⁸⁹².

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves⁸⁹³ “deve ser criticado o legislador por ter previsto tal regra nas disposições gerais da tutela de urgência e não nas disposições gerais da tutela provisória”. Concorde-se com o autor, pois tanto na efetivação de tutela de urgência como na de evidência, como espécies de tutela provisória e sujeitas a revisão pela decisão definitiva, a parte fica sujeita às perdas e danos. Nesse sentir é crescente o entendimento de

⁸⁹⁰PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 764.

⁸⁹¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 314.

⁸⁹²Nesse sentido: BUENO, Cássio Scapinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº. 13.105, de 16-03-20156**. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book (p. 226). ISBN 9788502635499-4; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 506; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 402.

⁸⁹³NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 505.

que mesmo pelo silêncio do legislador não se encontra afastada a aplicação do art. 302 do diploma processual à tutela provisória da evidência⁸⁹⁴.

Ademais, necessário ressaltar também que o legislador poderia ter aproveitado a oportunidade para dar a devida dimensão aos danos processuais, no entanto, emprega a nomenclatura de danos processuais para designar a responsabilidade subjetiva, o que é reforçado pela redação legal do art. 302, *caput*, quando determina que “independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa”.

No que se refere aos danos decorrentes da execução provisória pro quantia certa não houve alteração substancial quando abrangência, permanecendo os mesmos termos. A inovação é apenas a quanto à determinação de honorários sucumbenciais na fase de execução provisória, conforme determinação do art. 520, §2º do Código de Processo Civil.

Destaque que se faz, ainda nessa seara, é sobre a determinação do legislador de restituição ao estado anterior, no entanto, respeitando-se o limite da transferência de posse, propriedade ou outro direito real a terceiro, nesse caso é inviável a restituição *in natura*, resolvendo-se em perdas e danos.

A doutrina⁸⁹⁵ tem entendido que nos casos onde o bem sobre o qual recaiu a execução foi adjudicado pelo próprio exequente, é viável o retorno ao *status quo* com a devolução do bem ao patrimônio do indevidamente executado. Acrescenta-se, ainda, que em tais casos, poderá haver uma prestação *in natura* cumulada com perdas e danos, se além do bem a parte sofreu outras perdas em razão da constrição realizada (ex.: perda de aluguéis de uma casa ou de pagamento de aluguel pelo executado).

A indenização pelos danos processuais decorrente da efetivação de tutela e execução provisória segundo Humberto Theodoro Jr.⁸⁹⁶ deverá ser ampla, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes, em suma todos os prejuízos provenientes da limitação do

⁸⁹⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 505; GOMES JR., Luiz Emanuel; RODRIGUES, João Paulo Souza. Responsabilidade civil por dano processual no novo Código de Processo Civil: aspectos de relevância para o processo coletivo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 262, p. 87-119, dez. 2016. p. 94;

⁸⁹⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 537-538; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1179; ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book (p. 360). ISBN 978-85-309-6462-7. Em sentido oposto: BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários aos artigos 520 a 522. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book (p. 737). ISBN 98-85-203-5932-7.

⁸⁹⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, a. 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2905>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

poder de disposição ou de gestão do objeto submetido à medida cautelar ou antecipatória, e, ainda, as influências desfavoráveis que tenha tido a execução sobre a situação patrimonial do envolvido, como por exemplo, a deterioração e desvalorização do bem, privação de frutos civis e quaisquer outras diminuições patrimoniais decorrentes da gestão do depositário, alcançando, também, os danos morais.

É pautada, portanto, no Princípio da Reparação Integral, pois conforme ensina o autor, a indenização completa é a que promove a efetiva recomposição do patrimônio do réu ao estado em que se encontrava na data da execução da medida ou do título precário, “assegurando-lhe o pagamento dos danos emergentes e dos lucros que certamente auferiria se acaso não houvesse intervenção da outra parte”⁸⁹⁷⁻⁸⁹⁸.

Alguma atenção é necessária em relação à Fazenda Pública e demais entes cujo regime de pagamento é especial, por exemplo, o Ministério Público e Defensoria Pública, considerando que a responsabilidade em tais situações recairia sobre a pessoa jurídica de Direito Público a qual se vincula.

Dá-se que no caso execução provisória por quantia sofrida pela Fazenda Pública, diferentemente do que fez o legislador no art. 520 do CPC, não dispôs sobre a responsabilidade objetiva. No entanto, tem se entendido ser é inviável falar na responsabilização decorrente de execução provisória⁸⁹⁹⁻⁹⁰⁰ de condenação em pagar quantia

⁸⁹⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, a. 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2905>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

⁸⁹⁸Tratando especificamente da cautelar de indisponibilidade de bens decretada em ação de improbidade administrativa, mas com foros de ampliação às demais situações objetivamente idênticas, Rodrigo Reis Mazzei e Bruno Pereira Marques aduzem que “ao réu assiste o direito de ver seu patrimônio recobrado à situação anterior, tentando-se ao máximo retornar às condições existentes, como se nada houvesse ocorrido. Ou seja, investiga-se se a medida cautelar causou algum dano ao réu, calcula-se esse dano e impõe-se a quem o causou a obrigação de pagar uma indenização correspondente. (...) Os danos materiais correspondem às perdas patrimoniais ocorridas ao réu em função da indisponibilidade. A desvalorização do bem por falta de verbas para a manutenção do bem é uma das situações mais marcantes. A limitação monetária ocorrida em razão da indisponibilidade acaba por reduzir o numerário à disposição do réu – quando não reduz a zero –, situação que leva à um juízo de prioridades. (...). Mas essa não é a única hipótese. Lucros cessantes também são indenizáveis. Existindo a oportunidade de obtenção de alguma vantagem patrimonial lícita, mas frustrada pela indisponibilidade de seus bens, o réu encontra amparo para buscar uma indenização. (...) A indisponibilidade de bens ainda tem aptidão para causar outros tipos de danos. Para fins de obtenção de crédito, as instituições financeiras mais tradicionais buscam saber acerca da existência de patrimônio por parte do réu. (...) Outro sério dano causado pela decretação da indisponibilidade de bens é à honra subjetiva do réu – seja sua honra subjetiva, seja sua honra objetiva. Os efeitos que essa medida pode surtir superam a mera retirada de uma das faculdades da propriedade (MAZZEI, Rodrigo Reis; MARQUES, Bruno Pereira. Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de “insucesso final” da ação de improbidade administrativa. **Revista jurídica**. São Paulo, v. 62, n. 440, p. 10-44, jun. 2014. p. 35-36).

⁸⁹⁹Nesse sentido:

⁹⁰⁰Dando interpretação em sentido oposto, Leonardo Carneiro da Cunha expõe: “É possível o cumprimento provisório de sentença contra a Fazenda Pública. O art. 100 da Constituição Federal exige, para expedição de precatório (§ 5o) ou de RPV (§ 3o), o prévio trânsito em julgado. Isso, porém, não impede o cumprimento

certa em sentenças que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e fundações. Em tais casos, a Fazenda Pública só arcará com precatório e RPV após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 2º, B da Lei nº. 9.494/1997⁹⁰¹.

Segundo Marcelo Abelha⁹⁰², tal previsão aplica-se em qualquer execução para pagamento de quantia em face da Fazenda Pública por força do art. 100, §1º da Constituição Federal⁹⁰³, uma vez que se constituinte estabelece a condicionante de trânsito em julgado para o pagamento de crédito alimentar, não é cabível que os demais créditos, de natureza menos importante gozem de prerrogativa. Excepcionalmente, o autor admite para as causas de pequeno valor, cujo pagamento não se dá por Precatório⁹⁰⁴.

Ademais, se trataria de uma inovação o regime de pagamento específico da Fazenda Pública, que se dá por meio de Precatórios e RPV's, criando-se uma figura *sui generis* não prevista de "Precatório Provisório" ou "RPV provisório", anulando-se um importante fundamento para adoção desse modelo, que é a previsibilidade dos gastos públicos.

provisório da sentença contra a Fazenda Pública. O que não se permite é a expedição do precatório ou da RPY antes do trânsito em julgado, mas nada impede que já se ajuíze o cumprimento da sentença e se adiante o procedimento, aguardando-se, para a expedição do precatório ou da RPV, o trânsito em julgado" (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 388).

⁹⁰¹Art. 2º.B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

⁹⁰²ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book (p. 425). ISBN 978-85-309-6462-7.

⁹⁰³Art. 100. (*omissis*). § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

⁹⁰⁴Em recentíssima jurisprudência o STF manifestou-se em sentido contrário ao autor, divergindo de entendimento anteriormente firmado, que era consentâneo ao entendimento do jurista capixaba: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 1111912/SP. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Execução provisória contra a Fazenda Pública. Impossibilidade. Agravo a que se nega provimento, com aplicação de multa. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - A decisão recorrida está em harmonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de considerar a existência de óbice à execução provisória, e, portanto, à expedição de precatório/RPV, de prestação de pagar quantia certa. III - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa (art. 1.021, § 4º, do CPC). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 30.11.2018. Publicação no Diário de Justiça: 06.12.2018. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748803909>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

De outro lado, tratando-se de obrigação de fazer, o Superior Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º. 573.872⁹⁰⁵, de repercussão geral reconhecida, firmou o entendimento de que “A execução provisória de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública não atrai o regime constitucional dos precatórios”. Em razão da qual, *obiter dictum*, pode-se também concluir no sentido expressado pelo entendimento supramencionado, isso é: que sempre quando houver regime de precatório é inviável execução provisória.

Dessa forma, a previsão do art. 520, I do Código de Processo Civil não tem aplicabilidade quanto a Fazenda Pública, entendimento que se aplicaria extensivamente aos demais entes que gozam do regimento de pagamento especial por Precatório, for condenada ao pagamento de quantia, diante da inviabilidade imposta pelo ordenamento jurídico. De outro lado, em relação ao particular, não se obsta aplicação para eventuais reparações de danos sofridos pelo Estado⁹⁰⁶.

Em relação efetivação de tutelas provisórias, sabe-se que a Fazenda Pública apresenta regime diferenciado dos particulares, em razão de restrições legais o que desde já demonstra um tratamento especial pelo legislador, inserindo-se no rol daquelas prerrogativas processuais que o Estado goza pelo pretexto de persecução do interesse público. Não é objetivo tratar essas especificidades⁹⁰⁷, pois como já dito a profundidade da abordagem é sobre danos processuais indenizáveis.

Já com relação aplicação da responsabilidade objetiva do art. 302 do Código de Processo Civil, nenhuma ressalva apresentou o legislador, sendo omissa acerca de eventual

⁹⁰⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n.º. 573.872/RS. Recurso extraordinário com repercussão geral. Direito constitucional financeiro. Sistemática dos precatórios (art. 100, CF/88). Execução provisória de débitos da fazenda pública. Obrigação de fazer. Sentença com trânsito em julgado. Emenda Constitucional 30/2000. 1. Fixação da seguinte tese ao Tema 45 da sistemática da repercussão geral: “A execução provisória de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública não atrai o regime constitucional dos precatórios.” 2. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido da inaplicabilidade ao Poder Público do regime jurídico da execução provisória de prestação de pagar quantia certa, após o advento da Emenda Constitucional 30/2000. Precedentes. 3. A sistemática constitucional dos precatórios não se aplica às obrigações de fato positivo ou negativo, dado a excepcionalidade do regime de pagamento de débitos pela Fazenda Pública, cuja interpretação deve ser restrita. Por consequência, a situação rege-se pela regra geral de que toda decisão não autossuficiente pode ser cumprida de maneira imediata, na pendência de recursos não recebidos com efeito suspensivo. 4. Não se encontra parâmetro constitucional ou legal que obste a pretensão de execução provisória de sentença condenatória de obrigação de fazer relativa à implantação de pensão de militar, antes do trânsito em julgado dos embargos do devedor opostos pela Fazenda Pública. 5. Há compatibilidade material entre o regime de cumprimento integral de decisão provisória e a sistemática dos precatórios, haja vista que este apenas se refere às obrigações de pagar quantia certa. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em: 24.05.2017. Publicação no Diário de Justiça: 11.09.2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13577020>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

⁹⁰⁶ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book (p. 425). ISBN 978-85-309-6462-7.

⁹⁰⁷Sugere-se a leitura de: LIMA NETO, Francisco Vieira; GUIMARÃES, Jader Ferreira. As tutelas de urgência contra a Fazenda Pública na jurisprudência atual do STF. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 143, p. 164-177, jan. 2007.

impossibilidade, de maneira que é possível entender que há aproximação entre o regime aplicável ao particular e ao Poder Público, pois quando o legislador institui alguma prerrogativa, necessário é explicitá-la.

Ademais, é importante ressaltar que não se trata de responsabilização pela concessão de tutela provisória, na condição de Estado-juiz, muito embora haja entendimento da doutrina da viabilidade em casos de concessão *ex officio* da tutela provisória⁹⁰⁸.

O Código de Processo Civil não apresenta nenhuma ressalva quando à inviabilidade da Fazenda Pública receber⁹⁰⁹ ou arcar⁹¹⁰ com perdas e danos decorrentes da efetivação de tutela provisória, esse também tem sido o entendimento do STJ⁹¹¹. Esse entendimento, segundo

⁹⁰⁸ Nesse sentido: SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. O Poder Geral da Cautela do juiz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p. 20. Em sentido contrario: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. v. III 12ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993;. p. 70: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 429518/SC. Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade Civil Do Estado: Atos dos Juízes. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário ¾ C.F, art. 5º, LXXV ¾ mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 05.10.2004. Publicação no Diário de Justiça: 28.10.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370988>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

⁹⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 151.

⁹⁰⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº. 1191262/DF. Direito Processual Civil. Ação de interdição de estabelecimento comercial localizado em shopping center. Antecipação de tutela concedida. Sentença de improcedência. Responsabilidade objetiva pelos danos causados pela execução da tutela antecipada. Arts. 273, § 3º, art. 475-o, incisos i e ii, e art. 811, parágrafo único, do CPC. Indagação Acerca Da Má-Fé Do Autor Ou Da Complexidade Da Causa. Irrelevância. Responsabilidade Que Independe De Pedido, Ação Autônoma Ou Reconvenção. 1. (...). 2.2. A obrigação de indenizar o dano causado ao adversário, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência *ex lege* da sentença e da inexistência do direito anteriormente acautelado, responsabilidade que independe de reconhecimento judicial prévio, ou de pedido do lesado na própria ação ou em ação autônoma ou, ainda, de reconvenção, bastando a liquidação dos danos nos próprios autos, conforme comando legal previsto nos arts. 475-O, inciso II, c/c art. 273, § 3º, do CPC. Precedentes. 3. Recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional não provido e recurso de Mozariém Gomes do Nascimento provido. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 25.09.2012. Publicação no Diário de Justiça em: 16.10.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202358926&dt_publicacao=27/06/2013>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹¹⁰ Nesse sentido, analisando a viabilidade de concessão de tutela provisória no Mandado de Segurança ensina Leonardo Carneiro da Cunha que “concedida a liminar, deverá o impetrante, ao final, ser responsabilizado objetivamente pelos danos suportados pelo demandado, se a segurança vier a ser denegada (CPC, art. 302, 1)” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 579): Igualmente: BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 74.

⁹¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Processual Civil e Previdência complementar. Recurso Especial. Apreciação de matéria constitucional, em sede de Recurso Especial. Inviabilidade. Julgamento afetado à segunda seção para pacificação de matéria no âmbito do STJ. Antecipação dos efeitos da tutela. Reparação de dano, decorrente de medida deferida nos autos. Possibilidade. Responsabilidade processual objetiva. Reconhecimento posterior da inexistência do direito. Obrigação de reparar o dano processual. Decorre da lei, não dependendo de prévios reconhecimento judicial e/ou pedido do lesado. Possibilidade de desconto, com atualização monetária, do percentual de 10% do montante do benefício suplementar, até que ocorra a compensação do dano. Utilização de analogia. Lei n. 8.112/1990. 1. Os danos causados a partir da execução de

Rodrigo Reis Mazzei e Bruno Pereira Marques⁹¹²⁻⁹¹³, não é incompatível, também, com a atuação do Ministério Público, logo extensível à Defensoria Pública, no âmbito do Microsistema da Tutela Coletiva, haja vista que em tais situações o legislador não excepcionou o tratamento nas leis especiais e extravagantes, aplicando-se sistemática do Código de Processo Civil, que é, portanto, da indenização pelos danos causados por efetivação da tutela provisória.

Pelo exposto pelo autor, observa-se, igualmente, deve haver aplicação da sistemática do art. 302 do Código Civil sem ressalva à parte privada ou ente público⁹¹⁴, é o que se verifica quando aduz que a decisão de insucesso na ação de improbidade administrativa também surte efeitos negativos para a Administração Pública, segundo o autor “subvertendo a ideia inicial, que seria sua defesa, pois recai sobre si a do dever de arcar com os danos causados pelas medidas pleiteadas no sentido pelo legitimado ativo”⁹¹⁵.

Ademais, o art. 27 na LINDB – objeto de estudo do próximo tópico – como espécie de tratativa geral sobre o tema de ressarcibilidade de danos processuais pelo Poder Público

tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Com efeito, à luz da legislação, cuida-se de responsabilidade processual objetiva, bastando a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC/1973 (correspondentes aos arts. 297, parágrafo único, 520, I e II, e 302 do novo CPC). 2. (...). 3. É possível reconhecer à entidade previdenciária, cujo plano de benefícios que administra suportou as consequências materiais da antecipação de tutela (prejuízos), a possibilidade de desconto no percentual de 10% do montante total do benefício mensalmente recebido pelo assistido, até que ocorra a integral compensação da verba percebida. A par de ser solução equitativa, a evitar o enriquecimento sem causa, cuida-se também de aplicação de analogia, em vista do disposto no art. 46, § 1º, da Lei n. 8.112/1990 - aplicável aos servidores públicos. 4. (...) 5. Recurso especial não provido. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 13.04.2016. Publicação no Diário de Justiça em: 06.06.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201502004450&dt_publicacao=06/06/2016>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹¹²MAZZEI, Rodrigo Reis; MARQUES, Bruno Pereira. Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de “insucesso final” da ação de improbidade administrativa. **Revista jurídica**. São Paulo, v. 62, n. 440, p. 10-44, jun. 2014. p. 39.

⁹¹³No mesmo sentido, explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. “A tutela provisória nos processos coletivos não apresenta peculiaridades que justifiquem uma revisão nesse momento, da teoria sobre o assunto: ela segue, em regra, os pressupostos e fundamentos gerais aplicáveis ao processo individual, o que inclui a disciplina da estabilização da tutela provisória prevista nos arts. 304 e 305 do CPC (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 10ª. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 350).

⁹¹⁴No mesmo sentido: NOLASCO, Rita Dias. **Ação de Improbidade Administrativa: efeitos e efetividade da sentença de improcedência**. São Paulo: Quartier Latin, 2001. p. 284-286.

⁹¹⁵MAZZEI, Rodrigo Reis; MARQUES, Bruno Pereira. Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de “insucesso final” da ação de improbidade administrativa. **Revista jurídica**. São Paulo, v. 62, n. 440, p. 10-44, jun. 2014. p. 39.

reforça o entendimento de que devem ser ressarcidos os danos decorrentes de efetivação tutela provisória⁹¹⁶.

3.1.2.2.2 Danos processuais e o “custo do processo”

O termo “custo do processo” foi empregado por Carnelutti⁹¹⁷ para designar tanto as perdas que o processo apresenta às partes como efeito externo, é o exemplo, do lucro cessante em abandonar o trabalho para comparecer em juízo, como as despesas necessárias para a movimentação do mecanismo processual. Aquele designa o “custo do processo em sentido amplo” e a estas “o custo do processo em sentido estrito”.

O custo do processo em sentido estrito divide-se, ainda, em geral e particular. Reproduzindo os mesmos termos empregados pelo jurista italiano⁹¹⁸, o primeiro corresponde à “fração que a cada processo pode ser imputada às que são realmente os gastos gerais da administração da justiça (emolumentos dos oficiais de justiça; provisão dos meios materiais para o seu desenvolvimento; locais do órgão judicial, móveis, livros objetos de secretaria)”, já o custo particular são “as custas necessárias para os atos singulares do processo (por exemplo: indenização às testemunhas; despesas com perícia, retribuição aos depositários judiciais, transporte de móveis no processo de execução, impressão e publicação de editais etc.)”, o autor inclui nessa esfera, ainda, o pagamento dos defensores.

No Direito romano, quando se iniciou a aplicação de uma responsabilidade pelo custo do processo estava impregnada pela noção de ilícito, mas o Direito processual moderno, de posse dos conhecimentos que embasam a responsabilidade objetiva, traçou como característica fundamental da responsabilidade pelo custo do processo o “vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido”⁹¹⁹

Destarte, conforme explica Chiovenda “o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva”, porque é

⁹¹⁶SUNDFELD, Carlos Ari; VERONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB. Quem paga pelos riscos do processo? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 171-201, nov. 2018, p. 185.

⁹¹⁷CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 151.

⁹¹⁸CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 151-152.

⁹¹⁹CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 220.

interesse do Estado que o uso do processo não seja mecanismo para gerar danos àquele a quem lhe assiste a razão⁹²⁰. Trata-se da “Teoria da Sucumbência”.

A mencionada teoria foi de extrema importância para uma virada de perspectiva sobre o custo do processo, deixando-se de aplicar a “Teoria do Ressarcimento”, de Weber⁹²¹, que tinha como fundamento análise do elemento subjetivo e, portanto, estabelecia ao vencedor o encargo de produzir prova, muitas vezes *diabólica*, da má-fé do vencido.

A “Teoria da Sucumbência” foi importantíssima, no entanto havia situações que escapavam à circunscrição do critério da sucumbência como forma de identificação do responsável pelas custas processuais. Chiovenda não ignorou essas ineficiências⁹²², buscando coser meios de ressuscitar a generalidade buscada acabou por degenerar a sua teoria em “fragmentações casuísticas”⁹²³, tendo sido o principal deles o “critério da evitabilidade da lide”.

A aplicação da responsabilidade objetiva pelo custo do processo, sob o critério da evitabilidade, ocorrerá à parte que poderia ter evitado a lide, mas não o fez, devendo, portanto, responder pelos prejuízos que ele vier a causar⁹²⁴. A evitabilidade poderá consistir em abstenção do ato a que a lide se dirige ou pela adaptação a demanda, ou ainda, em não ingressar nessa⁹²⁵. Nesse intento, acaba por demonstrar uma relação de causalidade entre o dano a conduta da parte⁹²⁶.

Vislumbrando a existência de um vínculo de causalidade, Carnelutti⁹²⁷ propõe que a responsabilidade pelo custo do processo deverá dar-se em razão de uma “relação causal entre

⁹²⁰CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 242.

⁹²¹SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 73.

⁹²²CHIOVENDA, José. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 315-324.

⁹²³CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 19-20

⁹²⁴CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 244.

⁹²⁵Acerca da aplicabilidade deste critério ensina Yussef Said Cahali: “o reconhecimento do pedido não salva o réu da sucumbência, se não é efetivo e oportuno, de tal modo que tivesse tornado evitável a lide; pois, neste caso, prevalece a relação de causalidade entre o réu e a lide, a determinar a responsabilidade pelo pagamento das despesas do processo. O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre aquele que deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor. O que é necessário, em todo caso, é que a lide ‘fosse evitável’ da parte do sucumbente (o que sempre se subentende, sem consideração de culpa). E esta evitabilidade pode consistir seja no abster-se do ato a que a lide é dirigida, seja no adaptar-se efetivamente à demanda, sejam em não ingressar na demanda mesma. Sob este aspecto, vemos que a lide é sempre evitável para o autor, não se podendo dizer o mesmo em relação ao réu” (CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 20).

⁹²⁶CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 316.

⁹²⁷CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 161.

o dano e atividade de um homem”, esta é revelada por alguns índices, o primeiro deles, e também o principal, é o vencimento, mas há também a contumácia, a renúncia ao processo e a nulidade do ato ao qual a despesa se refere. Trata-se do Princípio da Causalidade.

Destaca-se que a criação de Cernelutti não objetiva corrigir o “Princípio da Sucumbência” ou suplantá-lo, pois o Princípio da Causalidade, conforme falado no item 2.3 é um postulado do Direito (ou, ainda “cânon”, conforme expressão utilizada pelo STJ⁹²⁸ em tratativa do tema), em tal caso, aplicado especificamente à responsabilidade civil processual pelo curso do processo⁹²⁹.

O Princípio da Causalidade tem um objetivo que compreende um *plus* ao Princípio da Sucumbência, apresenta para os litigantes o risco processual. É um adendo porque adverte àqueles que pretendem ingressar em uma demanda que ao fazê-lo submetem-se ao risco de ter que arcar com as despesas da provocação jurisdicional, e não apenas se vencido, mas também sempre que restar caracterizado que foi sua atuação quem deu causa ao processo⁹³⁰.

Não implica, todavia, em dizer que o custo do processo jamais será atribuído a parte vencedora, pois como já se viu no item 3.1.2.1, é efeito da litigância de má-fé a condenação do *improbis litigator*, ainda que vencedor da demanda, ao ressarcimento do custo processual. Em tais casos, a responsabilidade objetiva é afastada e o ressarcimento é fundamentado na responsabilidade subjetiva.

O art. 82, §2º do Código de Processo Civil (substituto do art. 20 do CPC/73) determina que “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que

⁹²⁸BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº. 151040/SP. Processual civil. Fato superveniente. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Despesas processuais e verba de patrocínio. Princípio da causalidade (veranlassungsprinzip). Precedentes do STJ. Recurso não conhecido. I - O art. 20 do CPC não deve ser interpretado como se fosse repositório do princípio puro da sucumbência. Ao contrário, na fixação da verba de patrocínio e das despesas processuais, o magistrado deve ter em conta, além do princípio da sucumbência, o cânon da causalidade, sob pena de aquele que não deu causa à propositura da demanda e à extinção do processo sem apreciação do mérito se ver prejudicado. Sem dúvida, tratando-se de processo que foi extinto sem julgamento do mérito, em virtude de causa superveniente que esvaziou o objeto do feito, a aplicação do princípio da causalidade se faz necessária. II - À luz do princípio da causalidade (Veranlassungsprinzip), as despesas processuais e os honorários advocatícios recaem sobre a parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou à que seria perdedora se o magistrado chegasse a julgar o mérito da causa. III - Inteligência dos arts. 20, 22, 267 e 462, todos do CPC. IV - Precedente do STJ: REsp nº 98.742/SP. V - Recurso especial não conhecido. Rel. Min. Adhemar Maciel. Julgamento em: 10.10.1998. Publicação no Diário de Justiça em: 01.02.1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802982295&dt_publicacao=14/02/2019>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹²⁹FERRAZ, Antônio Celso Camargo. Sucumbência – sua subordinação ao princípio da causalidade, do qual constitui mera aplicação específica – condenação ao pagamento das despesas judiciais não decorre da mera sucumbência, mas de ter dado causa ao processo. **Revista Justitia**. São Paulo, a. XX-XIX, v. 97, p. 338-341, abr-jun. 1977. p. 339.

⁹³⁰CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 161.

antecipou”, enquanto o art. 85 do mesmo diploma ensina que “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. Desta feita, para o legislador essas são as rubricas que recaem sobre o vencido como “custo do processo” e, portanto, configuram-se, igualmente, em espécies de danos processuais.

As despesas processuais segundo o art. 84 do CPC compreendem “as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha”. O STJ, tratando da temática, estabeleceu que despesas processuais constituem gênero do qual são espécies as custas, os emolumentos e as despesas em sentido estrito⁹³¹.

Destarte, consideram-se custas processuais os “montantes que o Estado há de perceber para cobertura financeira da sua organização judiciária”⁹³² ou, ainda, “as despesas relativas à expedição e movimentação dos feitos, taxadas por lei”⁹³³. Para utilizar a nomenclatura de Carnelutti, representam os custos do processo no sentido estrito geral.

As custas processuais⁹³⁴, portanto, são despesas estabelecidas pelo Estado para que possa prestar o serviço jurisdicional, custeando o aparato judiciário para tanto. Assim, não compreendem os gastos da parte para obter o direito pleiteado no processo e sim para exercer o direito de ação. Essas são pré-estabelecidas pelo Estado em lei específica, sendo também previamente determinado quem deverá arcar com o pagamento, se as partes litigantes ou o

⁹³¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº. 366005/RS. Processo civil - Custas e despesas processuais - Fazenda Pública: isenção (arts. 39 da LEF, 27 e 1.212, parágrafo único do CPC). 1. Custas são o preço decorrente da prestação da atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Estado-juiz através de suas serventias e cartórios. 2. Emolumentos são o preço dos serviços praticados pelos serventuários de cartório ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos e não pelos cofres públicos. 3. Despesas, em sentido restrito, são a remuneração de terceiras pessoas acionadas pelo aparelho jurisprudencial, no desenvolvimento da atividade do Estado-juiz. 4. Os terceiros que prestam serviço desvinculados da atividade estatal não estão submetidos às regras isençionais. 5. Os peritos, os transportadores dos oficiais de justiça e as empresas de correios devem ser remunerados de imediato pelo autor ou interessado no desenvolvimento do processo. 6. Recurso especial improvido. Min. Rel. Eliana Calmon. Julgamento em: 17.12.2002. Publicação no Diário de Justiça em: 10.03.2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101353050&dt_publicacao=10/03/2003>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹³²SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 30.

⁹³³SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. v. 2. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 298.

⁹³⁴A discussão em torno das custas, como bem coloca Fernando Luso Soares, possui uma “inegável importância econômica e sociológica”, e continua o autor lusitano “De certo o processo constitui um instrumento de cultura. Mas, para que tal represente efectiva realidade, preciso é que a prática jurisdicional assegure, muito criteriosamente, aquela acessibilidade econômica aos tribunais que a Constituição da República garante no nº. 2 do artigo 20º: “A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos” (...) Mas, sendo alguém relativamente vazio de meios para acção que carece exercer, as leis dos países civilizados oferecem-lhe uma pista supletiva, permitindo-lhe a litigância e a tutela jurídica. Daqui decorre a grande relevância social da assistência judiciária, entre nós basicamente assente na lei nº. 7/70, de 9 de junho, e regulada no Decreto nº. 526/70, de 18 de novembro” (SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 25-26)

próprio Estado⁹³⁵. São exemplos as taxas e os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório (inciso VIII, do art. 98 do CPC).

Apesar disso, pode-se observar muitas vezes a utilização pela própria doutrina⁹³⁶ e legislação do vocábulo custas do processo como sinônimo de despesas processuais.

A onerosidade da justiça está presente em todos os sistemas judiciais, pois conforme José Alberto dos Reis⁹³⁷, acerca da gratuidade integral, “em parte alguma do mundo, segundo cremos, se adopta tal solução”. Também Calamendrei, em contundente crítica a Jeremias Bentham, já dizia ser utópico a ideia utilitarista-liberal de que o monopólio da justiça, exercido pelo Estado, fosse taxado⁹³⁸.

Os emolumentos, por sua vez, são “o preço dos serviços praticados pelos serventuários de cartório ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos e não pelos cofres públicos”⁹³⁹. Tanto os emolumentos como as custas, segundo o Supremo Tribunal Federal⁹⁴⁰, têm natureza tributária, por isso consideradas taxas e sujeitas ao Princípio da Legalidade.

⁹³⁵ A doutrina alemã faz interessante distinção entre espécies de custas, diferenciando-as em custas judiciais (*die gerichtskosten*) e gastos processuais (*die parteikosten*), sendo aquelas os montantes devidos ao Estado para cobrir financeiramente a sua organização judiciária, enquanto estas são devidas entre as partes, conforme o resultado do processo. As primeiras dividem-se ainda em *gebühren*, quando o Estado recebe como retribuição pela atividade processual e *auslagen*, quando o Estado cobre a quantia de atos processuais e após recobra da parte o pagamento (KISCH, Wilhelm. **Elementos de derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. 2ª ed. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1940. p. 419).

⁹³⁶ Inclusive no famoso livro de Chiovenda, o título é “La condena em costas”, todavia, acreditamos tratar de possível erro de tradução, tendo em vista que o título original da obra é “La condanna nelle spese giudiziali”, cuja tradução literal seria A condenação em despesas judiciais. Diante disso, fica aqui registrada a nossa crítica, que serve também como advertência, para quando forem referidos excertos da obra.

⁹³⁷ REIS, José Alberto dos. Código de Processo Civil Anotado Apud SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 23.

⁹³⁸ CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso**. Trad. Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1945. p. 311.

⁹³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº. 366005/RS. Processo civil - Custas e despesas processuais - Fazenda Pública: isenção (arts. 39 da LEF, 27 e 1.212, parágrafo único do CPC). (..). Min. Rel. Eliana Calmon. Julgamento em: 17.12.2002. Publicação no Diário de Justiça em: 10.03.2003. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101353050&dt_publicacao=10/03/2003>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1378/ES. Ementa ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 49 e 50 da lei nº 4.847, de 30 de dezembro de 1993, do estado do espírito santo, com as alterações introduzidas pela lei estadual nº 5.011/95. Liminar deferida pelo pleno desta corte. Revogação. Perda de objeto. 1. A Lei Complementar nº 219, de 26 de dezembro de 2001, em seu art. 11, determinou a revogação das disposições em contrário, especialmente as constantes da Lei nº 4.847/93. Ao reestruturar o Fundo Especial do Poder Judiciário do Espírito Santo (FUNDEPJ), criado pela Lei nº 5.942/99, destinou-lhe as taxas judiciárias, custas judiciais e emolumentos remuneratórios dos serviços judiciários e extrajudiciais oficializados previstos na Lei nº 4.847/93 – Regimento de Custas (art. 3º, II), revogando, portanto, os artigos impugnados na presente ação direta, que repartiam as receitas oriundas do recolhimento de custas e emolumentos remuneratórios dos serviços judiciários e extrajudiciais. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade por perda

A despesa processual estrito senso identifica-se com que as chamadas “despesas processuais repetíveis”, distinguindo-se dos demais danos processuais, denominados “despesas irrepetíveis”⁹⁴¹.

Os gastos com o processo são uma categoria verdadeiramente ampla, visando restringi-las o Direito romano distinguiu em duas categorias: despesas judiciais ou endoprocessuais e as despesas extrajudiciais ou extraprocessuais⁹⁴². As primeiras designam as despesas que ocorrem dentro o processo, em juízo para a formação e desenvolvimento do processo, enquanto a segunda àquelas que, mesmo relacionadas ao processo, não se efetivam em juízo.

Esse entendimento, ainda hoje, encontra alguma ressonância, especialmente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁹⁴³. No entanto, Chiovenda⁹⁴⁴ ensina que essa distinção não tem razão de ser, considerando que poderão existir despesas judiciais não ressarcíveis e outras, realizadas supostamente fora do processo ressarcíveis, como é o caso da diária da testemunha, previsto no art. 84 do Código de Processo Civil. Em razão disso, ensina o autor que a distinção correta é entre “costas reclamables” e “costas no reclamables”, que como dito anteriormente, na tradução adotada pela doutrina, correspondem às “despesas repetíveis” e “despesas irrepetíveis”⁹⁴⁵.

superveniente de objeto quando sobrevém a revogação da norma questionada. Precedentes. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada prejudicada em razão da perda superveniente de seu objeto. Min. Rel. Dias Toffoli. Julgamento em: 13.10.2010. Publicação no Diário de Justiça em: 08.02.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618825>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

⁹⁴¹CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 50.

⁹⁴²CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 468.

⁹⁴³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº. 1.571.818/MG. Recurso especial. Execução de título extrajudicial. Embargos à execução. Parcial provimento. Condenação da embargada ao pagamento de honorários de sucumbência e despesas processuais. Honorários advocatícios convencionais. Gasto extraprocessual não previsto no art. 20 do CPC/73. Julgamento: CPC/73.1. Execução de título extrajudicial, da qual foi extraído este recurso especial, interposto em 10/09/2014 e atribuído ao gabinete em 25/08/2016. 2. O propósito recursal é decidir se os honorários advocatícios contratuais devem ser incluídos no cálculo das despesas processuais, a cujo pagamento foi condenada a recorrida, com fulcro no art. 20 do CPC/73. 3. O art. 20 do CPC/73, ao tratar do custo do processo, imputou ao vencido, com base nos princípios da causalidade e da sucumbência, a responsabilidade final pelo pagamento dos gastos endoprocessuais, ou seja, aqueles necessários à formação, desenvolvimento e extinção do processo. 4. Os gastos extraprocessuais - aqueles realizados fora do processo -, ainda que assumidos em razão dele, não se incluem dentre aquelas despesas às quais faz alusão o art. 20 do CPC/73, motivo pelo qual nelas não estão contidos os honorários contratuais, convencionados entre o advogado e o seu cliente, mesmo quando este vence a demanda. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 09.10.2018. Publicação no Diário Justiça: 15.10.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503078625&dt_publicacao=15/10/2018>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹⁴⁴CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 468.

⁹⁴⁵CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 50.

Nesse sentido, Yussef Said Cahali⁹⁴⁶ ao diferenciar as despesas repetíveis e irrepetíveis expõe que “o critério fundamental é de que despesas não se devem considerar como dano, de que se cuida para o efeito de ressarcimento: a previsão de condenação de danos é claramente distinta, na lei, daquelas despesas reembolsáveis”. Ocorre que a divisão realizada pelo autor parte de um pressuposto que se encontra afastado no âmbito desse estudo: a ideia de que dano processual é somente aquele que decorre de responsabilidade subjetiva pela atuação temerária.

Assim, temos que tanto as despesas repetíveis ou despesas processuais em sentido estrito, como aquelas despesas irrepetíveis a título de “custo do processo”, são ressarcíveis justamente por serem espécies de danos processuais. A distinção é que a norma já se encontra pré-estabelecida para as primeiras, é dizer, inserem-se no contexto de uma responsabilidade civil processual objetiva, já as segundas são um campo em aberto, apesar do apego da doutrina tradicional em vinculá-los apenas à responsabilidade civil processual subjetiva.

Tratando especificamente das despesas repetíveis, o art. 84 do Código de Processo Civil apresenta um estreito rol, “a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha”, este deve ser interpretado como exemplificativo, devendo compreender “todos os gastos econômicos indispensáveis que os participantes do processo tiveram de despendar em virtude da instauração, do desenvolvimento e do término da instância”⁹⁴⁷.

O art. 98,§1º do Código de Processo Civil ao tratar da gratuidade de justiça, acaba por dar exemplos de despesas processuais, em suma, englobam além das custas judiciais já tratadas, os selos postais (inciso II), as despesas com publicação na imprensa oficial (inciso III), a indenização devida à testemunha que deverá receber do empregador salário integral (inciso IV), as despesas com a realização de exame de código genético (DNA) e de outros exames considerados essenciais (inciso V), os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira (inciso VI), o custo com a elaboração de memória de cálculo, se for exigência de instauração da execução (inciso VII). Já os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência dos atos notariais (registro, averbação etc) necessário para efetivar decisão judicial ou dar continuidade ao processo

⁹⁴⁶CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 198.

⁹⁴⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 172.

judicial no qual o benefício tenha sido concedido, previstos no inciso IX, correspondem à outra espécie de despesa processual.

Além disso, a doutrina acrescenta as indenizações de viagens, alimentação, diárias de testemunhas das partes⁹⁴⁸, os valores pagos para obtenção de documentos em órgãos oficiais, como a junta comercial ou ao departamento de trânsito, valores empregados na reintegração, manutenção ou imissão na posse, despesas com fotocópias, os gastos com despesas com remoção de bens móveis, dentre outros que possam surgir no caso concreto⁹⁴⁹.

Em sentido oposto, Cândido Rangel Dinamarco⁹⁵⁰, aduz que as despesas processuais não devem ser vistas com tanta amplitude, devendo abranger “todos os itens de custo do processo que de algum modo e em algum momento serão devidos aos agentes estatais (Poder Judiciário, auxiliares da Justiça)”⁹⁵¹.

A posição adotada pelo processualista parece excepcionalmente restrita, no entanto, é correto afirmar a necessidade de estabelecer um parâmetro para definir as despesas ressarcíveis para além do rol exposto nos artigos 84 e 98, §1º do Código de Processo Civil, ressaltando-se que o diploma processual brasileiro não optou por definir o conceito de despesa, o que tornaria mais específico o trabalho da doutrina e da jurisprudência.

Nesse sentido, apoiando-se no art. 376 do Código de Procedimento Civil Italiano, Carnelutti⁹⁵² estabelece que dentro dos limites dos atos considerados necessários todas as despesas antecipadas devem ser reembolsadas, excluindo-se as despesas realizadas com atos supérfluos.

Segundo Chiovenda⁹⁵³, não são supérfluas as despesas que possuem alguma utilidade, a ser aferida a partir da análise do resultado do processo, é dizer, se esse seria o mesmo caso não se houvesse realizado o ato. No entanto, essa é uma análise que somente pode ser feita após o fim do processo e não em seu decorrer, de maneira que determinadas despesas,

⁹⁴⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 172.

⁹⁴⁹CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários aos artigos 82 a 97. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. (p. 245-246). ISBN 98-85-203-5932-7.

⁹⁵⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 651.

⁹⁵¹Exemplifica o autor: “São despesas processuais, na linguagem do Código de Processo Civil, (a) a taxa judiciária ou custas devidas ao Estado pelo exercício da jurisdição, (b) o s emolumentos devidos a eventuais cartórios não-oficializados, (c) o custo de certos atos ou diligências, como intimações ou citações, (d) a remuneração de auxiliares eventuais, não integrantes do quadro do Poder Judiciário” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 651-652).

⁹⁵²CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 169-170.

⁹⁵³CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 472.

realizadas porque se pensava ser útil se mostrariam supérfluas, essa análise é anacrônica e injusta.

Assim, adverte o autor italiano ⁹⁵⁴ que ao analisar a utilidade o juiz deve volta-se para o momento em que a despesa foi realizada, pois “aunque algunas de éstas no hayan contribuido a la victoria, no dejan de tener por causa el pleito si en el momento de realizarlas parecían responder al objeto que se persguía”. Ademais, para serem consideradas úteis e, portanto, repetíveis, as despesas devem refletir um meio normal da posição no processo, é o que denomina de “Princípio da Normalidade”, aplicável as despesas relacionadas a matéria discutida, pois no que refere à forma, deve permanecer a ideia de que o ato declarado nulo por defeito formal pressupõe uma atuação culposa, de maneira que em tal caso a custa não é exigível.

Feitas essas considerações, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, ressalta-se que há debate em torno da natureza dos honorários sucumbenciais, se devem ou não ser lidos como espécie de despesa processual. Como se observa, o art. 84 do Código de Processo Civil, tal como também fazia seu antecessor, ao numerar exemplificativamente as espécies de custas não incluiu os honorários, optando por lhe dar tratamento específico no art. 85.

Utilizando disso, parte da doutrina ⁹⁵⁵ tem entendido, majoritariamente, que despesas as processuais não abrangem os honorários advocatícios, uma vez que o legislador os tratou separadamente. De outro lado, posicionam os que entendem ⁹⁵⁶ que o tratamento em apartado pelo legislador não retira as características de despesa processual dos honorários, de maneira que o legislador, para fins de organização, reservou-lhes disposições especiais, distinguindo-as das demais despesas processuais

⁹⁵⁴ CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 472.

⁹⁵⁵ Nesse sentido: CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 196; TORNAGHI, Helio. **Comentários ao Código de Processo Civil - art. 1º a 153**. v. 1. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 158; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários aos artigos 82 a 97. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. (p. 246). ISBN 98-85-203-5932-7.; SOUZA, Bernardo Pimentel Souza. **Despesas processuais, honorários advocatícios e assistência judiciária**. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; POLASTRI, Marcello Polastri (coord.). **Honorários de advogado: aspectos materiais e processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 82; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. **Honorários advocatícios no processo civil**. (Coleção Theotônio Negrão). São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

⁹⁵⁶ Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. v. 2. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 308; PONTES, Miranda. **Comentários ao Código de Processo Civil – arts. 1 a 45**. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 408; BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. **Da sucumbência no processo civil: princípio da causalidade – hipótese de relativização**. Campinas: Servanda Editora, 2007. p. 53; THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 54ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 118.

Trata-se de a discussão infértil para seara dos danos processuais, pois nenhuma alteração ocorre quanto à ressarcibilidade, diante da previsão expressa de pagamento. Esses são devidos, como regra, prevista no art. 85, §1º do CPC, na reconvenção, no cumprimento de sentença (provisório ou definitivo), na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. Já o julgamento de incidente processual não implica em condenação em honorários de advogado.

Além disso, as multas também não devem se entendida como espécie de despesa processual, tendo em vista que não é gasto necessário ao desenvolvimento regular do processo⁹⁵⁷, mas uma espécie de sanção de índole processual.

A regra do Código de Processo Civil é que as parte deve prover o pagamento antecipado das despesas dos atos que realizar ou requerer no processo, ou ainda que o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica. Ao final, o vencido repete-lhe as verbas que a outra parte injustamente suportou por não ter dado azo ao processo, reportando à etimologia do vocábulo despesas repetíveis.

Ocorre que em relação à Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública o Código de Processo Civil, em seu art. 91⁹⁵⁸, estabelece uma sistemática particular para o pagamento das despesas processuais, determinando que as despesas dos atos processuais praticados a requerimento desses serão pagas ao final pelo vencido. Apresentando, ainda, uma inovação em relação ao Código de Processo Civil ao inserir dois parágrafos tratando de hipóteses de adiantamento de despesas.

No que tange ao Ministério Público, Marinoni, Mitidiero e Arenhart⁹⁵⁹, entendem que permanece aplicado o entendimento do STJ construído sob a égide do diploma anterior, segundo o qual a regra estabelecida pelo Código de Processo Civil (art. 82, §2º e art. 91), somente se aplica quando atuar como *custus jurisdictionis*, nos termos do art. 178 do diploma processual, pois quando atuar como autor aplica-se as normas especiais, como a prevista no

⁹⁵⁷BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. **Da sucumbência no processo civil: princípio da causalidade – hipótese de relativização**. Campinas: Servanda Editora, 2007. p. 52. Em sentido oposto: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 170.

⁹⁵⁸Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido. § 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova. § 2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.

⁹⁵⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 179.

CDC e na Lei de Ação Civil Pública, onde normalmente há isenção legal dessas espécies de despesas.

No entanto, importante ressaltar que o Min. do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, no julgamento da ACO 1560⁹⁶⁰⁻⁹⁶¹ aponta o surgimento de entendimento diverso, no sentido de que o Código de Processo Civil atual, diferentemente do seu antecessor, disciplinou de forma minudente o regime de despesas aplicadas ao Ministério Público, o que não pode ser ignorado, devendo-se aplicar a normativa prevista *codex*.

Em relação aos honorários sucumbenciais, a doutrina reconheceu⁹⁶² e jurisprudência⁹⁶³ firmou-se no sentido de que em caso de atuação no contexto do Microsistema do Processo

⁹⁶⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Ação Civil Originária 1560/MS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 13.12.2018. Publicação no Diário de Justiça n°. 18.12.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000375647&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 dez. 2018

⁹⁶¹Transcreve-se excerto da decisão que se pensa relevante ao objeto do presente: “Penso que aprimorar os incentivos financeiros para que o Parquet tome medidas judiciais com maior responsabilidade é de todo desejável, eis que a atuação do Ministério Público como curador universal de todos os valores públicos, e sua pujante proeminência nessa função (ver, e.g.: SBDP. Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva. Série Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2017), não encontra justificção nem prática nem teórica. Criar incentivos para que esse órgão público passe a atuar, com maior frequência, juntamente com legitimados de direito privado, aperfeiçoando suas parcerias e oportunidades de litisconsórcio, é uma das tarefas pendentes para que a tutela do interesse público seja feita de forma mais profissional, especializada e responsável. Todas essas ponderações parecem-me da maior relevância diante do que dispõem os arts. 5º e 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que enfatizam o dever do juiz de atender aos fins sociais a que a lei se dirige, as consequências práticas da decisão e às exigências do bem comum (...). O NCPC trouxe regra que, a meu sentir, amolda-se a essas três necessidades e que deve ser prestigiada, porque harmônica com o desenho ideal do sistema processual coletivo. Sublinho, em suma, que cabe à jurisprudência construir melhores soluções à luz do ordenamento de que dispomos para o regramento processual coletivo e que, neste aspecto ora em debate, parece-me claro em apontar o caminho, que é o da maior responsabilização do Parquet pela sua atuação em tais processos” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Ação Civil Originária 1560/MS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 13.12.2018. Publicação no Diário de Justiça n°. 18.12.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000375647&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 dez. 2018).

⁹⁶²DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 10ª. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 355;; WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 115; NERY Jr., Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1025; NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual vigor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1369; GOMES Jr. Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 259-260. No sentido de que só as associações podem ser condenadas ao pagamento de honorários sucumbenciais em razão de litigância de má-fe: MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa de direitos difusos e coletivos em juízo**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 114; MANCURSO, Rodolfo Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 253;

⁹⁶³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n°. 1015938/MG. Processual civil. Agravo regimental em recurso especial. Intervenção do ministério público. Parecer nos autos. Razões recursais dissociadas das razões da decisão agravada. Isenção de honorários em ação civil pública. Art. 18 da lei 7.347/85. Aplicação a todos os legitimados. Violação do art. 37, § 6º, da CF. Tema constitucional. Inviabilidade de exame na via eleita. 1. Afasta-se a tese de nulidade em razão da ausência de participação do Ministério Público no feito, tendo em vista a existência de parecer em opinião ao desfecho do recurso especial. 2. A não impugnação específica dos fundamentos do julgado em avilta bem como a dedução de razões dissociadas das premissas fáticas sobre a qual se funda o decisum atraem os óbices das Súmulas 182/STJ

Coletivo (Ação de Improbidade e Ações Cíveis Públicas) os entes legitimados somente estão sujeitos ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais quando presente a atuação por má-fé, no modelo do art. 87 do Código de Defesa do Consumidor⁹⁶⁴.

Trata-se, portanto, de uma responsabilidade subjetiva, que nos termos estudados no item 3.1.2.2.1, invertem a lógica processual de responsabilização objetiva pelo custo do processo para as associações e, em virtude do silêncio do legislador, não se aplicava, por força de entendimento jurisprudencial⁹⁶⁵, a sucumbência ao demais legitimados públicos

Em tais situações, segundo Hermes Zaneti Jr e Fredie Didier o Código de Processo Civil⁹⁶⁶ é residual e “aplica-se apenas quando não alterar os princípios e a lógica do próprio microsistema”. No entanto, alertam Carlos Ari Sundfeld e Alice Veronoff⁹⁶⁷ que com a introdução do art. 27 na LINDB – objeto de estudo do próximo tópico – supriu-se a omissão legal acerca do ônus da sucumbência para o Ministério Público nas ações de improbidade administrativa, de maneira que mesmo nessas ações ajuizadas pelo *Parquet*, a sucumbência

e 284/STF. 3. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que a regra de isenção de honorários de sucumbência do art. 18 da Lei 7.347/85 alcança todos os legitimados. 4. A análise da violação do § 6º do art. 37 da CF extravasa o âmbito de competência do STJ, por demandar a análise direta de texto constitucional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Rel. Min. Og Fernandes. Julgamento em: 09.09.2014. Publicação no Diário de Justiça em: 29.09.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400937949&dt_publicacao=13/02/2006>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹⁶⁴DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 10ª. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 355.

⁹⁶⁵BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº. 678969/PB. Processual civil. Execução promovida pelo ministério público do Estado da Paraíba. Título executivo extrajudicial consistente em Decisão proferida pelo tribunal de contas estadual. Débitos imputados em razão da prática de atos de improbidade administrativa que resultaram em prejuízo ao erário público municipal. Condenação do *Parquet* em honorários. Artigo 18, da lei 7.437/85. Impossibilidade. 1. (...). Deveras, afigura-se possível a aplicação analógica do entendimento jurisprudencial concernente a não condenação do *Parquet* em honorários advocatícios, nos autos de ação civil pública, salvante quando comprovada má-fé, uma vez que, *in casu*, o Ministério Público, em busca do interesse público primário, objetivou proteger o patrimônio público, com a cobrança do devido ressarcimento dos prejuízos causados ao erário municipal, o que configura função institucional/típica do ente ministerial, a despeito de tratar-se de legitimação extraordinária. 7. Exclusão da condenação do Ministério Público, que se dá por força da situação fática, *in casu*, consistente na remessa dos autos ao *Parquet*, antes da comprovação, em outra hora, do pagamento do crédito exequendo, como também pela aplicação analógica da Lei 8.429 quanto à isenção sucumbencial, secundada por farta jurisprudência: RESP 406767/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 02.12.2002; RESP 153829/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 11.11.2002; EMC 1804/SP, Relatora ministra Eliana Calmon, DJ de 07.10.2002; RESP 152447/MG, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 25.02.2002; e RESP 422801/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 21.12.2002). 8. Recurso especial provido. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em: 13.02.2006. Publicação no Diário de Justiça em: 13.12.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400937949&dt_publicacao=13/02/2006>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹⁶⁶DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 10ª. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 355.

⁹⁶⁷SUNDFELD, Carlos Ari; VERONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB. Quem paga pelos riscos do processo? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 171-201, nov. 2018, p. 185.

em favor do réu, onde se incluem os honorários advocatícios e despesas processuais, passam a ter fundamento legal, cujo ônus financeiro recai sobre o ente federativo a qual se vincula.

Quanto à Fazenda Pública e as despesas processuais, inicialmente destaca-se que “a dispensa de prévio preparo ou depósito de custas e emolumentos não significa ordem isencional. Significa adiamento para que as serventias não oficializadas façam o recolhimento ou cobrança a final”⁹⁶⁸⁻⁹⁶⁹. Eventualmente, por tratar-se de taxa, espécie de tributo, poderá por meio de lei ser estabelecida isenção, é o caso do art. 24-A da Lei 9.028/1995 que estabelece que a “União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias”.

Ocorre que o artigo supramencionado não deve ser aplicado. O sistema tributário nacional, nos termos do art. 151, III da Constituição Federal, veda a instituição de isenções heterônomas, portanto inviável a isenção buscada pelo art. 24-A da Lei 9.028/1995, tratando-se as custas e emolumentos de espécies de taxas. Desta forma, quando a União for parte em processo que tramita na justiça estadual, somente deixará de arcar com àquelas taxas se houver convênio celebrado como estado, determinando a liberação⁹⁷⁰.

De outro lado, o art. 4º, I, da Lei 9.289/1996, por tratar-se de isenção estabelecida pela União em relação à sua própria organização judiciária, não está sujeito à limitação constitucional. Sendo assim, são isentos de custas a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações relativamente à Justiça Federal.

⁹⁶⁸BRASIL, Superior Tribunal Justiça (Primeira Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 10.349/RS. Mandado de Segurança. Processual Civil. Registro de Imóveis. Execução Fiscal. Registro de Penhora. Custas. Emolumentos. Despesas. Antecipação Dispensada. Constituição Federal, artigos 5º, LXXXVI, 28 e 236. Lei 6.830/80 (arts. 7º, IV, e 39). Lei 8.935/94 (art. 28). CPC, art. 27. Lei Estadual 8.121/85. 1. Custas e emolumentos, quanto à natureza jurídica, não se confundem com despesas para o custeio de atos fora da atividade cartorial. 2. A dispensa de prévio preparo ou depósito de custas e emolumentos não significa ordem isencional. Significa adiamento para que as serventias não oficializadas façam o recolhimento ou cobrança a final. Demais, no caso, o ato restringe-se ao registro de penhora no sítio da execução fiscal. 3. A interpretação substanciada no aresto procurou o sentido equitativo, lógico e acorde com específica realidade processual. O direito não pode ser, injusto ou desajustado às realidades (“natureza das coisas”). 4. Não merecendo o ato malsinado o labéu de ilegal e abusivo e órfão de hábil demonstração o alegado direito líquido e certo, a segurança pedida não merece entoar o sucesso. Recurso sem provimento. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Julgamento em: 29.08.2000. Publicação no Diário de Justiça em: 20.11.2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800859578&dt_publicacao=20/11/2000>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹⁶⁹Posicionando-se de forma divergente, Marinoni, Mitidiero e Arenhart posicionam-se no sentido de que “o art. 91, CPC, só deve incidir se a Fazenda Pública atua no processo desempenhando atividade meramente fiscalizatória. Sendo parte, submete-se ao regime geral (art.82, CPC)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 179).

⁹⁷⁰CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 110.

Ademais, conforme salienta Leonardo Carneiro da Cunha⁹⁷¹, na execução fiscal a Fazenda Pública não se sujeita ao pagamento de custas e emolumentos, independentemente, por isso mesmo, de preparo ou prévio depósito nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei nº. 6.830/1980. No entanto, a previsão não alcança as despesas, muito embora existência no passado da Súmula 154 do TFR⁹⁷², atualmente vige a restrição, nos termos da Súmula 190 do STJ: “Na execução fiscal processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça”.

Se com relação aos emolumentos e custas pela Fazenda Pública entendeu o legislador que não se justifica o pagamento adiantado do Estado, pois, em síntese, tratando-se de tributos estaria pagando a si próprio, situação em que se caracteriza a confusão, causa de extinção obrigacional, de maneira que somente arcará com tais débitos quando for vencida, entregando o valor diretamente à parte vencedora, a mesma ideia não se aplica às despesas em sentido estrito por tratarem-se valores pagos a terceiros. Conforme se observa da Súmula 232 do STJ: “Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita a exigência do depósito prévio dos honorários do perito”.

Nesse contexto, a sistemática do código não distinguiu os particulares da Fazenda Pública quanto à obrigação de arcar com as despesas em sentido estrito, no entanto, diante da peculiaridade do regime financeiro do Estado, o art. 91 do Código de Processo Civil aduz que o adiantamento vincula-se à previsão orçamentária, em caso de não haver, estabelece-se que serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.

Em relação aos honorários de sucumbência a Fazenda Pública buscou-se a maior isonomia com o particular⁹⁷³, recebendo o mesmo tratamento casuístico, segundo máxima de que a qualidade da parte não condiciona a regra de aplicação da sucumbência⁹⁷⁴, excetuando-se apenas no que se refere à quantificação da condenação, como mandamento orientado ao juiz, nos termos do art. 85, §3º do Código de Processo Civil. Além disso, o legislador, no art. 85, §7º do CPC, exonerou a Fazenda Pública do pagamento de honorários relativos à fase de

⁹⁷¹CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 110.

⁹⁷²Súmula 154 do TRF. A Fazenda Pública, nas execuções fiscais, não está sujeita a prévio depósito para custear as despesas do oficial de justiça.

⁹⁷³CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros de; RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. Honorários de sucumbência e o novo processo civil: Fazenda Pública e o advogado público. In. DIDIER JR., Fredie et al.(coord.). **Honorários advocatícios**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 471.

⁹⁷⁴TERTO E SILVA, Marcello. Honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública é parte. In. DIDIER JR., Fredie et al.(coord.). **Honorários advocatícios**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 423.

cumprimento de sentença, condicionando a dois requisitos: a) que o cumprimento de sentença ensinará a expedição de precatório, sendo, portanto, um critério pautado no valor, excluindo-se aquelas condenações cujo valor compreende RPV, por entendimento do STF⁹⁷⁵⁻⁹⁷⁶ e b) que a Fazenda Pública não apresente impugnação.

Acrescente-se, ainda, que não se aplica tal previsão nas execuções para títulos extrajudiciais⁹⁷⁷, nesse sentido, o enunciado 240 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “São devidos honorários nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial contra a Fazenda Pública, a serem arbitrados na forma do § 3º do art. 85”⁹⁷⁸.

Por fim, é importante fazer uma sumária ressalva quanto à execução fiscal, como o atual sistema de processo civil. O Decreto-lei nº.1.025/1969⁹⁷⁹ iniciou um processo de distinção do tratamento de honorários advocatícios referente à execução fiscal da União, sendo o primeiro a prever a existência de uma “taxa” de 20% do valor executado, a ser revertido para o Tesouro da União.

⁹⁷⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). Recurso Extraordinário nº. 420816/PR. I. Recurso extraordinário: alínea "b": devolução de toda a questão de constitucionalidade da lei, sem limitação aos pontos aventados na decisão recorrida. Precedente (RE 298.694, Pl. 6.8.2003, Pertence, DJ 23.04.2004). II. Controle incidente de inconstitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgR; MS 20.505). III. Medida provisória: requisitos de relevância e urgência: questão relativa à execução mediante precatório, disciplinada pelo artigo 100 e parágrafos da Constituição: caracterização de situação relevante de urgência legislativa. IV. Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º). Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 29.09.2004. Publicação no Diário de Justiça em: 10.12.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390768>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

⁹⁷⁶Ensina Leonardo Carneiro da Cunha adverte que: “Caso o cumprimento da sentença se submeta a precatório, é possível ao autor renunciar ao valor excedente, a fim de receber por meio de Requisição de Pequeno Valor - RPV -, evitando o precatório. Nessa situação, haverá honorários na execução, ainda que não haja impugnação. Para que ocorra, é preciso que a renúncia seja feita antes da propositura do cumprimento de sentença, ou seja, o exequente já propõe o cumprimento de sentença com valor pequeno, requerendo a expedição da RPV. Se, porém, for proposto cumprimento de sentença de valor alto, com requerimento de expedição de precatório, mas, no curso do processo, o exequente renuncia ao excedente para receber seu crédito por RPV, não serão devidos honorários de sucumbência. A renúncia ao valor excedente, manifestada após a propositura do cumprimento de sentença, não autoriza o arbitramento dos honorários, pois a Fazenda Pública não provocou a instauração do cumprimento da sentença, não havendo causalidade que justifique os honorários de advogado” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 110).

⁹⁷⁷BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 126.

⁹⁷⁸Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com/2017/05/carta-de-florianopolis.html>>. Acesso em: 28 dez 2018.

⁹⁷⁹Art. 1º. É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União. (Vide Decreto-lei nº 1.407, de 1975)(Vide Decreto-lei nº 1.569, de 1977) (Vide Decreto-lei nº 1.645, de 1978)(Vide Decreto-lei nº 1.893, de 1981)(Vide Decreto-lei nº 2.163, de 1984) (Vide Decreto-lei nº 2.331, de 1987) (Vide Lei nº 7.450, de 1985).

A sistemática não se alterou com Código de Processo Civil de 1939 e 1973 e, por meio do Decreto-lei n°. 1.645/1978⁹⁸⁰, efetivamente declarou-se que a referida “taxa”/“encargo” substituiria a condenação em honorários de advogado, mantendo-se a destinação ao Tesouro da União. Por fim, o art. 37-A, §1º da Lei n°.10.522/2002⁹⁸¹, consolidou o entendimento. De outro lado, a execução fiscal dos demais entes federativos continuava submetida à norma geral, do Código Civil de 1973.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 o legislador estabeleceu parâmetros específicos para a Fazenda Pública, inclusive dispondo especificamente sobre a o direito do advogado público em receber honorários sucumbenciais (art. 85, §19). Nesse contexto por meio da Lei n°.13.327/16⁹⁸² regulamentou-se o direito dos advogados públicos federais receberem honorários sucumbenciais, oportunidade em que o legislador determinou parte do “encargo” devido nas execuções fiscais, não mais seria revertida ao Tesouro da União (ou suas autarquias e fundações).

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha⁹⁸³, a nova sistemática, contrariou o modelo posto, de maneira que o art. 30 da Lei 13.327/16 teria extinguido a substituição do “encargo” pelos honorários sucumbenciais e, mais do isso, que parte do “encargo” passaria a ser pago pelos advogados públicos federais a título de honorários sucumbenciais, somando-se à previsão do Código de Processo Civil e passando a ter a mesma natureza. E concluiu o autor dizendo que se a ideia da “taxa”/“encargo” instituída pelo Decreto-lei n°. 1.645/1978 era contestável a luz do art. 145 da Constituição Federal, torna-se ainda mais problemática,

⁹⁸⁰Art. 3º. Na cobrança executiva da Dívida Ativa da União, a aplicação do encargo de que tratam o art. 21 da lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, o art. 32 do Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, o art. 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, o art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977, substitui a condenação do devedor em honorários de advogado e o respectivo produto será, sob esse título, recolhido integralmente ao Tesouro Nacional. (Vide Decreto-lei nº 1.893, de 1981) (Vide Decreto-lei nº 2.331, de 1987). Parágrafo Único. O encargo de que trata este artigo será calculado sobre o montante do débito, inclusive multas, monetariamente atualizado e acrescido dos juros de mora.

⁹⁸¹Art. 37-A. Os créditos das autarquias e fundações públicas federais, de qualquer natureza, não pagos nos prazos previstos na legislação, serão acrescidos de juros e multa de mora, calculados nos termos e na forma da legislação aplicável aos tributos federais. § 1º Os créditos inscritos em Dívida Ativa serão acrescidos de encargo legal, substitutivo da condenação do devedor em honorários advocatícios, calculado nos termos e na forma da legislação aplicável à Dívida Ativa da União.

⁹⁸²Art. 30. Os honorários advocatícios de sucumbência incluem: I - o total do produto dos honorários de sucumbência recebidos nas ações judiciais em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais; II - até 75% (setenta e cinco por cento) do produto do encargo legal acrescido aos débitos inscritos na dívida ativa da União, previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969 ; III - o total do produto do encargo legal acrescido aos créditos das autarquias e das fundações públicas federais inscritos na dívida ativa da União, nos termos do § 1º do art. 37-A da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 . Parágrafo único. O recolhimento dos valores mencionados nos incisos do caput será realizado por meio de documentos de arrecadação oficiais.

⁹⁸³CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 137.

considerando-se que o efeito prático decorrente é que se trata do mesmo instituto dos honorários sucumbenciais, mas com um nome específico, aplicado aos advogados públicos federais na execução da Dívida Ativa da União.

Com a inauguração do novo sistema processual pelo Código de Processo Civil de 2015, houve uma harmonização de tratamento, razão pela qual ao excluir as execuções de dívida ativa do regime geral é ofensa ao Princípio da Isonomia, nesse contexto, fala-se, até mesmo em incostitucionalização⁹⁸⁴ da previsão do art. 37-A, §1º da Lei nº.10.522/2002.

Dessa maneira, torna-se muito frágil qualquer argumento que pretenda exigir a aplicação do valor de 20% a título de “encargo”/“taxa”⁹⁸⁵, afastando-se as disposições específicas do Código de Processo Civil. Tal sistemática era compreensível quando criada, pois não havia uma regulamentação específica sobre o regime jurídico de honorários sucumbenciais da Fazenda Pública, e mesmo com os diplomas processuais de 1939 e 1973 não houve disposição específica sobre o tema, no entanto, não parece ser justificável no atual estágio do processo civil.

3.1.2.3 O risco como fator de atribuição da responsabilidade civil objetiva no processo civil: uma análise voltada para o Estado

Tratar sobre o fundamento da responsabilidade civil, em qualquer situação, exige certo cuidado, de um lado pode apresentar-se relevante instrumento para alterações de perspectiva,

⁹⁸⁴Explicam Lucas Buril Macedo e Fredie Didier Jr.: “Na relação continuativa de constitucionalidade, as alterações relevantes ocorrem quando há modificações culturais - econômicas, sociais, tecnológicas ou jurídicas. Pode ser, portanto, que uma norma à qual foi atribuída a constitucionalidade num determinado ponto da linha temporal possa tornar-se inconstitucional noutro. Isso ocorre única e exclusivamente quando uma causa social, econômica, jurídica ou tecnológica tem vínculo direto com a valoração de, ao menos, uma das normas envolvidas na relação, o que dá ensejo à alteração da relação de constitucionalidade. Ou seja, é possível que um dado contextual importante para a definição da norma venha a ser modificado e, com isso, a reboque, a própria situação de constitucionalidade modifique-se, revelando uma inconstitucionalidade que antes não existia” (DIDIER Jr., Fredie; MACEDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação n. 4.374/PE. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 16, n. 110, p. 567-590, out.2014/jan. 2015. p. 580-581. Disponível em: <https://www.academia.edu/29340264/Controle_concentrado_de_constitucionalidade_e_revis%C3%A3o_de_coisa_julgada>. Acesso em: 20 mar. 2019.

⁹⁸⁵Em sentido diverso expõe Marcello Terto e Silva: “Trata-se de falso dilema. Em primeiro lugar, não há quebra de isonomia entre o contribuinte e a Fazenda Pública credora do crédito, haja vista que se trata de procedimento especial que, como o Novo CPC, guardará parâmetros de fixação da sucumbência similares àqueles previstos no art. 827 do projeto, entre 10% e 20% (dez e vinte por cento), para o processo de execução por quantia certa. Em segundo lugar, o § 19 do art. 85 do projeto é muito claro ao remeter à lei específica de cada ente federado os critérios de distribuição dos honorários sucumbenciais entre os respectivos advogados públicos, não havendo ingerência da legislação nacional sobre o processo civil no disciplinamento do vínculo do advogado com a Administração Pública” (TERTO E SILVA, Marcello. Honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública é parte. In. DIDIER JR., Fredie et al.(coord.). **Honorários advocatícios**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 428).

como ocorreu na ascensão do risco, de outro apenas uma falácia jurídica, onde se busca explicar algo que não é necessário. Ora se o legislador determinou fosse indenizável é porque considera o dano injusto. Mesmo em tais casos não se afasta o interesse científico do problema, especialmente, quando utilizado para aclarar as situações onde há uma cláusula geral, onde é necessário traçar um mínimo interpretativo.

Tratar do risco na esfera da responsabilidade civil processual objetiva exige primeiramente que distinga qual é a ideia de risco invocada. Especificamente, se é a mesma verificada quando foi abordada a cláusula geral da responsabilidade civil objetiva do art. 927 do Código Civil, que é voltada para atividades desempenhas de forma perigosa, a saber, atividade que represente uma “grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média e revelada por meio de estatísticas, elementos técnicos e de experiência comum”⁹⁸⁶.

Fernando Luso Soares⁹⁸⁷, grande defensor do risco no processo, ressalta que “não se trata assim, como é óbvio, de um risco geral, inerente a toda e qualquer espécie de atividade humana e adequado também a uma teoria geral da responsabilidade objetiva”. Tratar-se-ia de uma espécie de risco que específico da “responsabilidade processual objetiva”, para utilizar a nomenclatura empregada pelo jurista português.

A primeira observação a ser feita é que o risco no processo, portanto, não é sinônimo de periculosidade e sim de incerteza⁹⁸⁸, em se ganhar ou perder, no todo ou em parte, a ação judicial. Ademais, não se leva em consideração, para apurar o risco no processo, a previsibilidade da derrota ou da vitória, parte-se do pressuposto que todas as ações são geridas pelo risco processual⁹⁸⁹.

Nesse sentido, o mero ingresso numa jornada processual pela parte representa o risco processual, esse é colorido, ainda, pela diversidade de atuação no processo, de maneira que

⁹⁸⁶BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. São Paulo: RT, 1985. p. 277.

⁹⁸⁷SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 130-131.

⁹⁸⁸Carnelutti parece adotar entendimento distinto quando à natureza perigosa do processo, nesse sentido, diz o autor: “Exatamente porque o processo é um instrumento necessário, mas perigoso, que não se maneja sem lesionar o interesse alheio e, portanto, e, antes de tudo, sem provocar despesas, deseja-se para quem o provoque, o ônus de seu peso” (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 160-161).

⁹⁸⁹Esse entendimento salta do texto de Fernando Luso Soares, quando diz: “Do que ficou dito podemos seguramente concluir que o risco processual é, na verdade, muito específico (o de se ganhar ou de se perder a ação no todo ou em parte), não sendo de considerar nesse campo, como relevantes, só os imprevisíveis ou excepcionais. Eu posso licitamente, accionar com uma razoável previsibilidade da derrote, desde que tenha consciência de que, no caso concreto, lícito me é sair da incerteza através da decisão jurisdicional. Se na verdade essa derrota vier, a condenação em custas logo me sancionará – o que de algum modo significa ver de forma especial o tópico *qui iure utitur neminem laedit*” (SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 132).

podem influir no processo as questões temporais como a decadência ou prescrição, a atuação moral das partes, a boa prática forense do advogado, a qualidade das provas produzidas, os instrumentos processuais à disposição da parte para perseguir o direito buscado, seja como autor ou como réu, o entendimento jurisprudencial sobre a matéria entre outros, tornando o processo indecifrável e imprevisível⁹⁹⁰.

A assunção de uma responsabilidade fundamentada no risco corrobora para um deslinde evolutivo na seara da responsabilidade civil no processo, de ampliação da ideia de danos processuais para além da responsabilidade civil processual subjetiva, sendo assim, contribui efetivamente para a desconstrução de que os danos que a parte sofre por sua atuação no processo são circunstanciais.

O ordenamento jurídico brasileiro absorveu a “Teoria do Risco” e a seara processual não ficou alheia a esse movimento, que refletiu especialmente na ampliação do rol de danos processuais indenizáveis com extensão para os danos decorrentes da efetivação de tutela e execução provisórias, medida avaliada por Humberto Theodoro Jr.⁹⁹¹ como a “melhor, mais justa e jurídica opção do legislador”.

A “Teoria do Risco”, no modelo adotado pelo legislador brasileiro se encontraria fundada na ideia de risco-proveito⁹⁹², que fica explícita, nos casos de responsabilidade civil por efetivação de tutela e execução provisória, na medida em que aquele que se beneficiou economicamente, de modo provisório, em detrimento de outrem, a quem o direito foi garantido de forma definitiva, cumpre ressarcir os danos injustos que houver provocado⁹⁹³.

Dessa arte é a aplicação da máxima *ubi emolumentum, ibi onus*⁹⁹⁴, haja vista que aquele que tem interesse na comodidade deve suportar o incômodo dos prejuízos que essa vier a causar.

⁹⁹⁰FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Responsabilidade objetiva por dano processual**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 101.

⁹⁹¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, a. 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2905>>. Acesso em: 22 dez. 2018

⁹⁹²Nesse sentido: CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 111; LACERDA, Galeno Velhino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII. t. I: arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 313; PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 764; SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto cautelar**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 540; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 506;

⁹⁹³PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 764.

⁹⁹⁴É irretocável a colocação de Galeno Lacerda nesse sentido: “Em suma, a justiça da tese se sintetiza no aforisma: *cuius est commodum eius est incommodum*, ou *ubi commoda ibi incommoda*. Vincula-se à ideia

De fato, é plausível a ideia de risco-proveito no contexto da responsabilidade civil processual pela tutela ou execução provisória, pois de fato por determinado momento, ainda que breve, a parte preferiu enfrentar o risco da imprevisibilidade, para gozar do bônus.

De outro lado, não parece ter sido essa a motivação que ensejou a responsabilidade objetiva pelo custo do processo. Se o objeto é conectá-la à “Teoria do Risco”, mais viável que seja pela noção de risco-criado, segundo o qual se admite “que somos responsáveis, não somente pelos atos culposos, mas pelos nossos atos, pura e simplesmente, desde que tenham causado um dano injusto, anormal”⁹⁹⁵, sendo assim, se atividade possui um risco, ainda que especialíssimo, como é o designer desse no processo, uma vez que venha a causar dano e estejam presentes os requisitos responsabiliza aquele que a realiza.

No caso da responsabilidade pelo custo do processo, a ideia é que basta atividade de provocar uma atuação do judiciário, qualificada como desnecessária pela improcedência. Se na situação do risco-proveito, a injustiça do dano é apurada entre a divergência o provimento provisório e o definitivo, aqui, o indicativo *mor* é a sucumbência, mas não apenas essa, como se viu. Ademais, a própria decisão de instaurar um processo representa risco, assumido por quem, no interesse próprio ou de terceiro, o provoca⁹⁹⁶.

Cumprido, ainda, uma discussão necessária especificamente para questão da responsabilização do Estado por danos processuais.

Conforme dito no item 1.2.2, a responsabilidade objetiva do Estado por atividades lícitas encontra-se, sempre, fundada no Princípio da Igualdade, que no espectro de fator de atribuição recebe o nome de igualdade na distribuição do ônus público. Isso não significa, por si só, afastar a responsabilidade civil fundada no risco, mesmo porque não são avessos senão complementares, rememorando que mesmo a ideia de responsabilidade objetiva fundada no risco surge de uma ideia de igualdade.

Nesse sentido, não é demais acrescentar que a criação do risco como fundamento da responsabilidade objetiva no processo por atividade lícita está inserida no contexto da criação de uma “Teoria da Responsabilidade Processual Civil”, o que não pode ser ignorado, quando

objetiva de ônus ou de risco processual, comum não apenas às ações cautelares, como à execução provisória da sentença. (...) Quem tem interesse na sua conveniência (cômodo), em executar a cautela ou a sentença provisória, suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação. Nada mais certo e justo. Tudo não passa de responsabilidade objetiva, decorrente da livre avaliação de risco” (LACERDA, Galeno Velhino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII. t. I: arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 313).

⁹⁹⁵DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9º ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 63.

⁹⁹⁶SUNDFELD, Carlos Ari; VERONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB. Quem paga pelos riscos do processo? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 171-201, nov. 2018, p. 175.

a premissa adotada pelo presente estudo é de uma “Teoria da Responsabilidade Civil”, aplicável ao processo.

Assim, quando Fernando Luso Soares⁹⁹⁷⁻⁹⁹⁸ constrói a ideia de risco, toma pro fundamento que mesmo sendo a responsabilidade pelo exercício do direito de ação lícita, não é possível atrair para essa relação de responsabilidade o fundamento pretendido com base no direito de sacrifício, que para o autor é mote da responsabilidade por atividades lícitas. Assim, por estarem as partes em igualdade não seria viável tratar sob tal aspecto a “responsabilidade processual civil”.

Datavênia a construção do autor lusitano, é necessário considerar como já se pontuou no item 1.2.2, que a responsabilidade civil objetiva por ato lícito do Estado não está restrita apenas ao sacrifício de direito, pois existem aquelas situações em que o Estado no exercício legítimo de suas aptidões, visando à consecução do bem comum, sem qualquer pretensão de lesar o indivíduo ou grupo acaba por causar dano injusto de forma indireta e consequential. Para tais casos, a reparação é fundada no Princípio da Responsabilidade⁹⁹⁹.

Diante disso, a ideia de igualdade na distribuição dos encargos encontra-se como fundamento para a reparação do dano injusto, porque não é admissível que aquele que sofre um dano a maior (anormal) que os demais, ocasionado pelo Estado enquanto busca o interesse público não se veja reparado, restabelecendo-se a igualdade.

Destaca-se que o traço principal da existência do Estado, a busca pela realização do interesse público, encontra-se presente na sua atuação no processo¹⁰⁰⁰. Nesse contexto, a

⁹⁹⁷SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 128-129.

⁹⁹⁸Pela importância, transcreve-se a lição do autor: “Estudando igualmente os fundamentos da responsabilidade civil por força de intervenções lícitas, lembrou o professor Vaz Serra que o respectivo direito de indenização é na doutrina germânica designado por «pretensão de sacrifício». E, entende-se bem: o titular de um interesse legítimo, lícitamente danificado em favor de entidade que tem interesse preponderante, resta-lhe o ser indenizado em paga de seu sacrifício. (...). O exercício do direito de acção é, em si mesmo um acto lícito – está bem; mas se este constitui um aspecto importante a considerar, exacto é que quanto à relação jurídica processual não se pode falar de um conflito entre um «sujeito dominante» e um «sujeito sacrificado». O nosso processo civil está dominado por vários princípios fundamentais, e um deles, até ordem constitucional (art. 20º da Constituição da República), é precisamente o da igualdade das partes. A conclusão, portanto, é esta: a justa composição da lide (como teleologia do processo) não tem a ver com a chamada responsabilidade resultante da prática de ato lícito – por lícito que, na verdade, seja (como em princípio é) o exercício do direito de acção” (SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 128-129)

⁹⁹⁹MELLO, Celso Antônio de Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 984-985.

¹⁰⁰⁰Nesse sentido é a colocação de José Roberto de Moraes: “[...] no momento em que a Fazenda Pública é condenada, no momento em que a Fazenda Pública sofre um revés, no momento em que a Fazenda Pública tenha que contestar uma ação ou recorrer de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente esta massa de recursos que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade a autoridade pública é mera administradora”. E continua: “A Fazenda Pública, quando está em juízo, está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que possam. fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. Ficando no terreno estadual, todos nós aqui pagamos diariamente uma razoável quantidade,

Fazenda Pública e os demais entes designados para a preservação do interesse público (Ministério Público e Defensorias Públicas)¹⁰⁰¹ gozam, inclusive, de condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Em razão da especial condição – garantir o interesse público por meio de uma atuação jurisdicional – o legislador presenteou-os com as chamadas prerrogativas processuais¹⁰⁰². Esse conjunto de distinções, ora fundamentadas na estrutura da organização judiciária e estatal, e ora na qualidade do direito material defendido, mas sempre sob o pano de fundo do interesse público, são fornecidas visando um exercício no processo da “melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário”¹⁰⁰³, pois toda a coletividade seria beneficiada com a utilização dos recursos poupados.

Nessa conjuntura, a previsão defendida por Fernando Luso Soares¹⁰⁰⁴ de que não se trata de responsabilidade por ato lícito faz sentido no contexto de uma relação formada por particulares, onde não está em embate o interesse público *versus* o interesse privado. O mesmo, todavia, não se aplica à responsabilidade civil processual do Estado, na medida em que a transposição da atuação do Estado na defesa do interesse público do contexto da Administração Pública para o processo não desfigura o substrato jurídico. Nesse sentido, como ensina Castro Nunes¹⁰⁰⁵, não se afastam as questões decorrentes do ato do Estado, aplicando-se também as questões do Direito Administrativo.

Interessante ponderação realiza Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁰⁶, ao analisar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, que mesmo não sendo o objetivo do presente, pode trazer algum entendimento. Segundo a autora, é preciso ter consciência que “embora a função jurisdicional, no âmbito civil, objective, em última instância, a consecução

por exemplo, de ICMS, desde o momento que nós acordamos, fomos tomar banho, escovar os dentes e tomamos nosso café da manhã etc. E passamos fazendo isso o dia inteiro e toda a sociedade faz isso, nesse sistema tributário nosso, com toda certeza, até com razoável exagero” (MORAES, José Roberto de. *Prerrogativas processuais da Fazenda Pública*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coords.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 68-69).

¹⁰⁰¹CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 28.

¹⁰⁰²No que diz respeito ao processo civil, este prevê algumas normas que consideram especificamente o Estado como parte da relação processual e que, por isso, lhe outorgam algumas prerrogativas. Exemplos: prazo em dobro para todas as manifestações processuais (art. 183, CPC); sujeição ao duplo grau obrigatório de jurisdição (embora com algumas exceções) de sentença proferida contra União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como da que julga procedentes embargos à execução fiscal (art. 496, I e II, CPC), só tendo eficácia a decisão após apreciação pelo tribunal (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book (p. 66). ISBN 978-85-97-01589-8).

¹⁰⁰³CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 29.

¹⁰⁰⁴SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 128-129

¹⁰⁰⁵NUNES, Castro. *Da Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 63-64.

¹⁰⁰⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 94.

da paz social, quando se exerce no caso concreto, ela não beneficia a toda a coletividade (salvo em algumas ações que protegem o interesse coletivo), mas as partes envolvidas”.

Assim, entende Di Pietro¹⁰⁰⁷ que não haveria como aplicar a regra da repartição dos encargos sociais, pois o benefício e o prejuízo alcançam apenas as partes no processo. Excepcionalmente, funciona como fator de atribuição da responsabilidade civil do Estado quando atuação jurisdicional dá-se em defesa de interesses difusos, considerando-se que o termo “coletivo”, empregado pela autora supramencionada, é na dimensão *lato sensu*, pois como se sabe, dentre catálogo de direitos transindividuais, aquele que abarca o interesse de toda a coletividade é denominado direito difuso.

Da análise da exposição da jurista, resta evidente que quando presente a noção de um interesse público, que se entende ser melhor substitutivo para designar os direitos difusos na seara pública, os reflexos do processo escapam às partes, em razão do qual se pode entrar no raio de atuação do Princípio da Igualdade. A questão ontológica, muito embora as perspectivas sejam diversas, pois acolá se refere ao Estado-juiz no exercício do Poder Jurisdicional, enquanto aqui no exercício regular do direito de ação, não se difere.

Assim, não se descarta que fundamento da responsabilidade civil processual pode ser estabelecido no chamado “risco especialíssimo”, como espécie relativa às circunstâncias processuais, no entanto, não se afasta, na seara pública, a igualdade na distribuição do ônus público como fator de atribuição para responsabilização do Estado.

Este parece ter sido o entendimento adotado pelo legislador no art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁰⁰⁸, quando ao tratar sobre danos causados pela atuação do Estado em processos da esfera judicial, administrativa ou correcional estabelece que é ressarcível o dano anormal. E, como visto no item 2.2.2.3, os requisitos de especialidade e anormalidade são próprios dos danos ocasionados pela atuação lícita do Estado.

Nesse sentido, entende-se que legislador encontrou outro fundamento para uma cláusula geral de danos provocados pelo Estado em sua atuação processual, de maneira que, mesmo atuando dentro da legalidade, não se exonera o Estado de ressarcir danos injustos e anormais, que sob o pretexto de persecução do interesse público, sofreu o réu vencedor.

¹⁰⁰⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 94.

¹⁰⁰⁸Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Observa-se ocorrer, tal qual na responsabilidade civil do séc. XX, o movimento de primazia da vítima que nesse contexto, é o réu vencedor no processo civil, o chamado “giro conceitual” do ato ilícito para o dano injusto, inserindo-se a responsabilidade civil objetiva processual do Estado na conjunção do Princípio da Solidariedade.

CONCLUSÕES

Após o percurso argumentativo apresentado nesse estudo, resta evidenciado que os manuais sobre a responsabilidade civil do Estado e relação desta com o processo encontram-se limitados por uma visão parcial: ou examinam um ou outro, havendo verdadeira carência de produção científica nesta seara, muito motivada pela lógica separatista de metodologia de estudo.

Ao se colocar a “Teoria da Responsabilidade Civil” como pressuposto do presente estudo, sem, contudo, negar a existência de especificidades experimentadas pelo ambiente processual, abandona-se uma microvisão da hipótese, na busca de uma macrovisão.

Apresentando alguma sinceridade científica, o estudo iniciou-se sem uma verdadeira previsão de confirmação da hipótese e desenvolveu-se como genuíno trabalho de pesquisa, a busca pela doutrina apresentava uma segurança sobre os pressupostos do trabalho e um vazio quando o objetivo específico. Já a jurisprudência, mostrava-se incerta e vacilante sobre o ressarcimento ou não das despesas com honorários contratuais.

Dessa forma, a leitura da jurisprudência causava certo desconforto na medida em que se evoluía para a tratativa dos elementos da responsabilidade, especialmente, a falácia argumentativa do acesso à justiça e do exercício legal do direito de ação, manejado sempre sem qualquer cautela, tanto para defender o ressarcimento quanto para negá-lo. Uma instabilidade problemática. E, a alteração de panorama no Superior Tribunal de Justiça sem dúvida era um ponto que qualquer trabalho que se digne a ser imparcial necessitava enfrentar.

Feitas essas considerações, é o momento de explanar as conclusões que foram se apresentando no desenvolvimento do trabalho para, enfim, alcançar o resultado da pesquisa. O método consiste em tratar das principais considerações fundamentais à compressão desse estudo em cada capítulo.

Capítulo 1: Fundamentos da responsabilidade civil objetiva do Estado

1. A responsabilidade jurídica necessita da dimensão filosófica porque sua própria existência está além do Sistema Jurídico, pressupondo a questão da liberdade e, com isso, o debate entorno da justiça, suscitando, ainda a questão da causalidade. De maneira que é preciso volver, novamente, às bases morais para compreender o instituto da responsabilidade jurídica e, por conseguinte, da responsabilidade civil.

2. A relação do homem com responsabilidade está na sua própria configuração como pessoa, logo, implicando a personalidade moral na condição de ser livre, inelutavelmente a responsabilidade associa-se a liberdade. Assim, o fundamento do homem é a liberdade, todavia esta não deve ser interpretada como mero livre arbítrio, pois incorpora em si a responsabilidade pelas escolhas adotadas, de maneira que o homem é inteiramente responsável por seus atos.

3. São verificáveis duas espécies de responsabilidade: a autorresponsabilidade e a heterorresponsabilidade. Na primeira forma a responsabilidade é interna, trata-se do indivíduo respondendo perante a si mesmo por seus atos. Já na forma da heterorresponsabilidade é a que se dá com a atuação intersubjetiva dos sujeitos na sociedade, de maneira que se trata de relação social.

4. A heterorresponsabilidade possui estrutura formal de relação e, como tal, está sujeita à estrutura formal padrão, observável em todas as demais relações, isso é, são formalmente decompostas em termos que se encontram interligados por um operador relacionante. Acrescida, ainda, do elemento normativo, típico das relações de cunho social.

5. O escopo da responsabilidade jurídica acaba por confundir-se com o próprio problema do direito: restabelecimento da harmonia ou do equilíbrio dissolvido. O dever de não lesar presente na relação jurídica da responsabilidade não ficou restrito a esta ou aquela seara jurídica, mas rompeu com as distinções exclusivamente pedagógicas, de maneira que aos poucos acabou por invadir os domínios da ciência jurídica.

6. A responsabilidade jurídica é conceito que adere à “Teoria Geral do Direito”, tratando-se de uma teoria parcial que serve de base para as teorias individuais, que surgem visando estudar as normas de distintas searas jurídicas, cuja descrição é referente às relações sociais que visa regular e pacificar, sendo esse o fim precípua o Direito. Uma destas é Direito Civil, no qual o instituto toma forma da responsabilidade civil e se diz haver no âmbito científico uma “Teoria da Responsabilidade Civil”.

7. A “Teoria da Responsabilidade Civil”, embora tenha se desenvolvido substancialmente pelos civilistas, considerando que a responsabilidade civil encontra no Direito Civil o seu desenvolvimento, após ser segregada do ilícito penal, não mais se encontra refém dessa seara, mesmo porque, como dito, as divisões metodológicas não se aplicam as normas jurídicas, são subterfúgios dos cientistas para recortar os objetos de estudo. Assim, existem normas jurídicas estabelecendo a responsabilização civil espalhadas pelo ordenamento jurídico.

8. A responsabilização estatal é decorrente do Estado de Direito e em razão disso, diferentemente da responsabilidade jurídica entre particulares, que é base elementar para a formação do tecido social, sendo esta a sua função social, no âmbito público, atua como mecanismo de proteção do cidadão em face do Estado. Logo, trata-se de mecanismo de garantia de direito fundamental, especialmente o da igualdade e da inviolabilidade da propriedade privada, no seu conceito mais amplo, material e imaterial. Para além, tem-se que a responsabilidade civil do Estado não objetiva a repreensão ou sanção do autor do dano, mas encontra-se pautada na ideia de primazia do interesse da vítima.

9. A responsabilidade civil do Estado deve ter sua importância redimensionada, pois é também objeto das discussões teóricas voltadas para a tutela dos direitos fundamentais, razão pela qual tem encampado questões como a “Teoria dos Direitos Fundamentais”, a função social de conceitos e categorias, a normatividade dos princípios e sua extensão às relações horizontais. Assim sendo, a responsabilidade civil do Estado, tem por objeto a proteção do indivíduo, que na relação é a vítima, o ofendido.

10. Na responsabilidade civil objetiva do Estado há espaço para uma análise fomentada pela justiça corretiva, embora projetada para relação entre particulares, a relação objetiva pode ser mantida “coisa-coisa”/“perda-ganho”, é dizer, o exercício de uma igualdade formal. No entanto, nessa esfera a questão da justiça corretiva ganha outra dimensão, uma dimensão social, que deve ser associada a outro importante elemento ético-jurídico: a solidariedade. Trata-se de resultado da profunda mudança experimentada pela sociedade no período que seguiu a revolução industrial, especificamente o crescente problema da reparação dos danos na sociedade industrializada, garantindo-se que as vítimas fossem efetivamente reparadas.

11. O Princípio da Solidariedade não designa um dever, mas funda-se em um, na ideia de que a atitude solidária conforma-se as relações interhumanas, pois o homem pertence ao mundo e é interdependente com os demais, de maneira que a solidariedade, enquanto fundamento axiológico, expressa a responsabilidade para com o outro, e, seria, portanto, o fundamento último da responsabilidade, tanto na sua modalidade objetiva quanto na subjetiva na medida em que a concepção solidarista presa pela proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada.

12. A solidariedade enquanto fundamento ético-jurídico busca o ideal de igualdade e equilíbrio nas relações e, certamente, de reparação de danos, atenta à primazia da vítima. E eleva essa importante função, uma vez que insere a sociedade e, em último aspecto, o Estado,

como elemento necessário a promoção dessa igualdade. De outro lado, não pode ser usada como fundamento para que o Estado seja sobrecarregado, tornando-se um reparador universal, pois, é também por sua associação ao Princípio da Igualdade, que exerce o importante papel de eximir o Estado de indenizar os danos comuns e normais gerados pela atuação lícita do Estado, estabelecendo que sejam devidamente suportados pela sociedade, em honra o Princípio da Igualdade da Distribuição dos Ônus Públicos.

13. O Princípio da Reparação Integral, que inspirou a regra do art. 944 do Código Civil e tem índole constitucional, como se vê no art. 5º, V e X da Constituição, ganha forma como importante elemento axiológico da responsabilidade civil hodierna. O princípio se encontra fundado no ideal justiça corretiva de Aristóteles, entretanto, a partir da perspectiva ético-jurídica de solidariedade pode ser entendido na sua real dimensão, deixando de ser lido apenas na perspectiva do *quantum debeatur* para engendrar também o *an debeatur*. Dessa arte, o ideal de justiça corretiva contribui para a ideia de que todo o dano deve ser reparado, enquanto o de solidariedade e sua estreita ligação com a defesa da dignidade humana, permite concluir que todo dano deve ser reparado, numa dimensão patrimonial e existencial, podendo se dizer que em todas as esferas há primazia da vítima.

14. O parágrafo único do art. 944 do Código Civil é uma exceção ao Princípio da Reparação Integral e deve ser lido como um *standard* para guiar a quantificação do dano no caso concreto, quando a partir de uma ponderação de princípios restar autorizada a redução. Essa cláusula geral de redução dos danos se aplica a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva, por extensão à responsabilidade civil do Estado, todavia em tais casos deverá ocorrer apenas em situações excepcionais, quando houver expressiva desproporção entre a conduta do agente Estatal e o resultado nocivo, em situação de causalidade múltipla ou não. Se atuação do demandado é considerada uma “concausa”, é preciso valorar o reflexo no contexto de causas para identificar se há desproporção com o resultado. Ressalta-se que a conduta concorrente da vítima autoriza a redução do *quantum* indenizatório com fundamento no art. 945 do Código Civil.

15. A responsabilidade civil do Estado é resultado das alterações na sociedade pós-industrial, que fizeram com que as pessoas ficassem expostas a riscos em quantidade exponencialmente superior e, com isso, os danos se diversificaram, as vítimas se ampliaram, bem como se tornou mais difícil a identificação e prova das causas e dos autores do prejuízo e, especialmente, da culpa. Entretanto, a responsabilidade civil do Estado fundada na culpa não deixou de existir, aplicando-se precipuamente aos casos em que há omissão estatal, apesar

de a matéria não estar pacificada, de maneira que, tal como no direito privado, adotou-se um Sistema Misto.

16. O risco embora de grande relevância na “sociedade de riscos”, em que se transformou a sociedade pós-industrial, não pode ser aludido como único fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, tampouco se dizer que o art. 37, §6º da Constituição Federal adotou a teoria risco-administrativo. A Constituição Federal adotou a responsabilidade objetiva do Estado como padrão e o fundamento para tanto pode ser encontrado sempre na solidariedade e ora no risco, ou na seguridade social, ou igualdade do ônus público, que é na verdade uma expressão do Princípio da Igualdade e, ainda, na equidade, bem como na miscigenação e combinação desses fundamentos, ressaltando-se a influência, ainda que implícita, dos critérios econômicos.

17. O Estado encontra-se adstrito à persecução do interesse público, todavia o fim coletivo não é suficiente para afastar o dever de reparação. O próprio ordenamento jurídico autoriza que determinado indivíduo ou, ainda, um grupo de indivíduos, sofra sacrifício, caracterizando um dano anormal e especial que o descole da paridade estabelecida com os demais perante o Estado, a partir da violação de um interesse juridicamente tutelado. Todavia, ao mesmo passo que possibilita esse tratamento “desigual”, impõe, por razões de equidade, a obrigação de indenizar o (os) titular (es) do direito sacrificado. É que em tais casos o ato causador do dano, em si, pode até ser lícito, mas o resultado é antijurídico, pelo próprio desequilíbrio jurídico que origina, a partir da quebra da igualdade, na sua expressão relativa aos ônus públicos.

18. A equidade, que é sempre um suporte à responsabilidade objetiva pautada na distribuição do ônus, recebe destaque fundamental para os casos em que não se puder fundamentar a responsabilidade civil nesta, funcionando como valioso instrumento para a concretização da justiça, especialmente nas relações de responsabilidade onde há disparidade entre a vítima e o ofensor, é o que denomina de “*richesse oblique*” cuja tradução livre seria, “a riqueza obriga”. A carga subjetiva da equidade, que acabou por lhe impor uma situação de subsidiariedade, acredita-se não ser aplicável à seara do Direito Público, razão pela qual sua importância não pode ser diminuída, devendo constituir relevante baliza para análise da responsabilidade civil do Estado.

19. O dano, dentre os elementos da responsabilidade civil, é o que se apresenta de forma incontestável, uma vez que remonta o fundamento primeiro da relação jurídica de responsabilidade, na forma em que foi tradicionalmente concebida no seio do Direito Romano: o *neminem laedere*. Para a responsabilidade civil do Estado o conceito de dano é de suma importância, considerando que nesse caso basta a comprovação da conduta, do dano e do nexo causal entre os primeiros.

20. A ausência de novos instrumentos para reparação de danos morais é um problema a ser enfrentado com máxima urgência, pois se trata de solucionar um dos fatores que contribuem para o abarrotamento do judiciário, diante do que foi nomeado pela doutrina de “indústria do dano moral”, isso é o crescimento exponencial de demandas judiciais requerendo indenizações a título de dano extrapatrimonial, imitando o modelo de produção *fordista*. No âmbito da responsabilidade civil do Estado, se trataria de impor ao Estado medidas que pudessem neutralizar os efeitos psicológicos sofridos, como, por exemplo, a publicação de notícias e retratações em *sítios* oficiais do Estado para desfazer efeitos da ofensa.

21. Os direitos difusos são considerados uma espécie do gênero interesse público defendido pelo Estado no caso concreto. A mudança da postura estatal, de uma atuação omissiva para comissiva, impôs ao Estado o dever de concretizar esses direitos. Diante disso, surgem duas hipóteses: os danos pela não concretização, ou seja, pela omissão do Estado ou, ainda, os danos que surgem quando em determinadas situações, na expectativa efetivá-los, ocasionar lesão a outros direitos de índole coletiva. Nesses casos, já não cabe ao Estado eximir-se de sua responsabilidade sob a justificativa de concretização de um direito difuso.

22. O dano injusto atribui antijuridicidade aos fatos jurídicos *lato sensu*, podendo ocorrer responsabilidade civil por fato antijurídico *stricto sensu*, ato ilícito com fundamento na culpa (art. 186, CC/02), no risco e demais fatores de atribuição objetivos (art. 927, parágrafo único, CC/02 e art. 37, §6º do Código Civil) ou no abuso de direito (art. 187, CC/02) e, ainda, no ato lícito causador de dano injusto (ou ato justificado). Ademais, não necessariamente todo ato (ou fato) antijurídico dará azo a um dano *in concreto*, pode ocorrer a conduta sem que o resultado dano necessariamente ocorra, pois o dano injusto é o pressuposto para antijuridicidade não seu elemento.

23. Os danos à pessoa, no Direito pátrio, não constituem uma terceira via à incorreta polarização dano material-dano moral, e sim uma espécie do gênero danos morais (em verdade, extrapatrimoniais), compreendendo a lesão aos interesses inerentes à pessoa, sob

todos os seus aspectos físico, psicológico, intelectual e moral. Tratando-se a distinção entre danos à pessoa e danos à coisa como a mais importante classificação dos danos, porque amplia a abrangência da responsabilidade civil, demonstrando que todos os prejuízos são suscetíveis de reparação.

24. A determinação de quais danos são merecedores de reparação deverá se ocorrer a partir da *ratio legis*, de onde se extraí quais são os valores e interesses tutelados, os danos reparáveis e as pessoas protegidas pelo raio de atuação normativa. No entanto, a atuação do órgão julgador é de extrema relevância para determinar, no caso concreto, o que é efetivamente dano injusto, especialmente no que se refere a um sistema atípico, em que novos interesses podem surgir.

25. Os demais elementos da responsabilidade civil funcionam como limites para o dano injusto, no âmbito da responsabilidade civil do Estado tal função encontra-se ao encargo do nexo de causalidade, diante da irrelevância da ilicitude, assim quando presente um excludente de causalidade, deixa de ser injusto o dano. Ademais, recai também sobre a jurisprudência, o dever de funcionar como parâmetro de eleição destes danos e, principalmente, sobre coleção de princípios fundamentais atrelados à responsabilidade civil.

26. Na esfera dos danos causados pelo Estado, a ótica da injustiça deverá ser examinada e decidida pela ótica do sujeito passivo, como lesado na sua esfera juridicamente protegida, e não do comportamento do sujeito ativo, isso não implica dizer que todo e qualquer dano causado pelo Estado será ressarcido, pois visando aquilatar a injustiça do dano nos casos concretos, é imperativa a análise conjuntamente dos outros requisitos tanto os aplicáveis a responsabilidade entre particulares, como os específicos da responsabilidade do Estado pela atividade lícita, trata-se da anormalidade e especialidade.

27. O conceito dano indenizável pelo Estado surge a partir da constatação de que determinado ato do Estado (ou de quem o represente), gerou dano injusto e certo atribuível à atuação estatal, ainda que não especificamente por meio da “Teoria da Causalidade Direta e Imediata”, incluindo-se aí aqueles que atingiram esfera jurídica de terceiro que apesar de não ser quem teve primeiramente sua esfera violada, ficou também sujeito às consequências danosas.

28. Para ser considerado injusto, o dano decorrente de atividade lícita do Estado deverá revelar uma gravidade que exceda os encargos normalmente exigíveis em contrapartida aos benefícios auferidos pelo funcionamento dos serviços públicos, deve ser destoante do que a doutrina alemã chama de pequenos sacrifícios (*Bagatellschaden*).

29. Inexiste uma teoria do nexo causal completa que atenda a todas as questões envolvendo o complexo tema da causalidade. A impossibilidade de a doutrina entrar em consenso reflete diretamente na jurisprudência, que também não foi capaz de eleger uma teoria adotando uma posição eclética, que ao mesmo tempo demonstra a preocupação com o ressarcimento da vítima e o desleixo com a dogmática jurídica.

30. A atuação jurisprudencial voltada para a flexibilização do nexo causal não deve ser interpretada como um elemento dogmático de caracterização precisa, mas sim como um espaço aberto ao juiz para atuação discricionária, sacrificando-se o poderoso filtro da causalidade juntamente com a segurança jurídica. Com a erosão do nexo causal, enquanto filtro da reparação, é no dano que o foco resta evidenciado, sendo este a ligação com a vítima, o escopo da ressarcibilidade.

31. É admissível a exclusão da responsabilidade civil do Estado no caso de força maior, no entanto, entende-se essa subsiste para o caso fortuito, por estar incluído no risco do serviço, apesar de a jurisprudência na maioria das vezes não distinguir um do outro.

Capítulo 3: Responsabilidade Civil Processual do Estado e o ressarcimento das despesas com honorários contratuais

32. Defender a existência de uma “Teoria da Responsabilidade Processual Civil” puramente a partir da existência de normas no diploma processual que estabelecem responsabilidade por condutas praticadas no contexto do processo, ressaltando-se que não é somente neste âmbito que pode surgir o dever de indenizar, é possível que este se estabeleça por condutas ligadas ao processo, mas externas ao ambiente processual, é confundir linguagem do Direito e a linguagem da Ciência do Direito. O que não implica dizer que não se reconhece que o estudo da responsabilidade civil no processo possui especificidades em decorrência do ambiente onde a atuação do agente causador do dano ocorre: o processo, considerando esse é o meio pelo qual o dano se concretiza. Essas peculiaridades são dignas de serem notadas, estudadas e respeitadas, mas não importa em negar estrutura basilar da responsabilidade civil, enquanto uma “Teoria da Responsabilidade Civil” e propagar uma autonomia científica.

33. Há normas que estabelecem a responsabilização civil no âmbito constitucional, tributário, ambiental, processual, econômico, trabalhista etc, como ramos científicos metodologicamente circunscritos. Diante disso, a responsabilidade civil acaba por se tornar

um, dos muitos, institutos convergentes do conhecimento jurídico, reunindo enunciados descritivos de diferentes ciências, ditas autônomas. Tais conhecimentos específicos aderem à “Teoria da Responsabilidade Civil”, pois os princípios estruturantes, os fundamentos e regimes jurídicos da responsabilidade civil, na medida em que se desenvolvem, já que a ciência jurídica não é estanque, são aplicáveis a tais ramos de repercussão sem que isso dê origem a novas searas autônomas de conhecimento científico. Assim, a opção de referir-se à responsabilidade civil processual (e as derivações necessárias), é simplesmente para identificar a seara onde as normas estão sendo aplicadas.

34. Diferentemente do que está firmado na esfera cível e estabelecido pelos artigos 186 e 927 do Código de Civil, onde há uma cláusula geral de danos indenizáveis para as duas espécies, no âmbito da responsabilidade civil processual o legislador “polarizou” os danos indenizáveis a partir de condutas típicas. Admitia-se a responsabilidade civil processual subjetiva, pautada na má-fe e abuso de direito no processo e a responsabilidade civil processual objetiva, verificada nas hipóteses de efetivação de tutela provisória, execução provisória e custos do processo.

35. O conceito de dano processual, enquanto restrito a uma responsabilidade civil processual subjetiva, nos contornos assumidos pela doutrina clássica, pode ser descritos como os prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais, acrescidos das despesas processuais e honorários advocatícios, decorrente de atuação com má-fé do autor, réu ou interveniente do processo, no qual se excetua o membro Ministério Público, da Defensoria Pública e os Advogados Públicos que corresponde aos tipos previstos no art. 181, 184 e 187 do Código de Processo Civil. No entanto, trata-se de uma percepção parcial e incompleta, considerando os danos processuais decorrentes da responsabilidade processual civil objetiva.

36. Os danos processuais decorrente da efetivação de tutela e execução provisória abrangem os danos emergentes e os lucros cessantes, em suma todos os prejuízos provenientes da limitação do poder de disposição ou de gestão do objeto submetido à medida cautelar ou antecipatória, e, ainda, as influências desfavoráveis que tenha tido a execução sobre a situação patrimonial do envolvido, como por exemplo, a deterioração e desvalorização do bem, privação de frutos civis e quaisquer outras diminuições patrimoniais decorrentes da gestão do depositário, alcançando, também, os danos morais.

37. A previsão do art. 520, I do Código de Processo Civil não tem aplicabilidade quanto a Fazenda Pública, entendimento que se aplicaria extensivamente aos demais entes que gozam do regime de pagamento especial por Precatório, for condenada ao pagamento de

quantia, diante da inviabilidade imposta pelo ordenamento jurídico. De outro lado, em relação ao particular, não se obsta aplicação para eventuais reparações de danos sofridos pelo Estado.

38. Com relação aplicação da responsabilidade objetiva do art. 302 do Código de Processo Civil, nenhuma ressalva apresentou o legislador, sendo omissa acerca de eventual impossibilidade, de maneira que é possível entender que há aproximação entre o regime aplicável ao particular e ao Poder Público, pois quando o legislador institui alguma prerrogativa, necessário é explicitá-la. Assim, não apresenta nenhuma ressalva quando à inviabilidade da Fazenda Pública receber ou arcar com perdas e danos decorrentes da efetivação de tutela provisória, entendimento firmado, também, na jurisprudência do STJ.

39. O art. 27 na LINDB como espécie de tratativa geral sobre o tema de ressarcibilidade de danos processuais pelo Estado reforça o entendimento de que devem ser ressarcidos os danos decorrentes da efetivação tutela provisória.

40. As despesas repetíveis ou despesas processuais em sentido estrito, como aquelas despesas irrepetíveis a título de custo do processo, são ressarcíveis justamente por serem espécies de danos processuais. A distinção é que a norma já se encontra pré-estabelecida para as primeiras, é dizer, inserem-se no contexto de uma responsabilidade civil processual objetiva, já as segundas são um campo em aberto, apesar do apego da doutrina tradicional em vinculá-los apenas à responsabilidade civil processual subjetiva.

41. A discussão infértil para seara dos danos processuais, pois nenhuma alteração ocorre quanto à ressarcibilidade, diante da previsão expressa de pagamento. Esses são devidos, como regra, prevista no art. 85, §1º do CPC, na reconvenção, no cumprimento de sentença (provisório ou definitivo), na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. Já o julgamento de incidente processual não implica em condenação em honorários de advogado.

42. No que se refere ao Ministério Público, entende-se que a nova sistemática do Código de Processo Civil não mais o exime do pagamento das despesas processuais, havendo inclusive indícios de alteração de posição jurisprudencial sobre o tema. Já com relação aos honorários sucumbenciais, dispensáveis no caso de atuação na esfera do Microssistema do Processo Coletivo, têm-se duas situações: os diplomas onde houve a opção legislativa foi expressa não se aplica a previsão do diploma processual, de outro lado, quando omissa o legislador, tal como fez na Lei de Improbidade Administrativa, o entende-se que o art. 27 na

LINDB supriu a omissão legal, estabelecendo para o entes legitimados o regime de sucumbência, cujo ônus financeiro recai sobre o ente federativo a qual se vincula.

43. O sistema tributário nacional, nos termos do art. 151, III da Constituição Federal, veda a instituição de isenções heterônomas, portanto inviável a isenção buscada pelo art. 24-A da Lei 9.028/1995, tratando-se as custas e emolumentos de espécies de taxas. Desta forma, quando a União for parte em processo que tramita na justiça estadual, somente deixará de arcar com àquelas taxas se houver convênio celebrado como estado, determinando a liberação.

44. A sistemática do código não distinguiu os particulares da Fazenda Pública quanto à obrigação de arcar com as despesas em sentido estrito, no entanto, diante da peculiaridade do regime financeiro do Estado, o art. 91 do Código de Processo Civil aduz que o adiantamento vincula-se à previsão orçamentária, em caso de não haver, estabelece-se que serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.

45. Em relação aos honorários de sucumbência a Fazenda Pública buscou-se a maior isonomia com o particular, recebendo o mesmo tratamento casuístico, excetuando-se apenas no que se refere à quantificação da condenação, como mandamento orientado ao juiz, nos termos do art. 85, §3º do Código de Processo Civil. Excepcionalmente, exonerou do pagamento de honorários relativos à fase de cumprimento de sentença, condicionando a dois requisitos: a) que o cumprimento de sentença ensejará a expedição de precatório, sendo, portanto, um critério pautado no valor, excluindo-se aquelas condenações cujo valor compreende RPV e b) que a Fazenda Pública não apresente impugnação. Não se aplica tal previsão nas execuções para títulos extrajudiciais.

46. É muito frágil qualquer argumento que pretenda exigir a aplicação do valor de 20% a título de “encargo”/“taxa” na execução de dívida fiscal, afastando-se as disposições específicas do Código de Processo Civil. Tal sistemática era compreensível quando criada, pois não havia uma regulamentação específica sobre o regime jurídico de honorários sucumbenciais da Fazenda Pública, e mesmo com os diplomas processuais de 1939 e 1973 não houve disposição específica sobre o tema, no entanto, não parece ser justificável no atual estágio do processo civil.

47. O risco no processo, portanto, não é sinônimo de periculosidade e sim de incerteza, em se ganhar ou perder, no todo ou em parte, a ação judicial. Ademais, não se leva

em consideração, para apurar o risco no processo, a previsibilidade da derrota ou da vitória, parte-se do pressuposto que todas as ações são geridas pelo risco processual.

48. A “Teoria do Risco”, no modelo adotado pelo legislador brasileiro se encontraria fundada na ideia de risco-proveito, que fica explícita, nos casos de responsabilidade civil por efetivação de tutela e execução provisória. De outro lado, na responsabilidade objetiva pelo custo do processo, entende-se ter se guiado pela noção de risco-criado, a ideia é que para o dever ressarcir basta atividade de provocar uma atuação do judiciário, qualificada como desnecessária pela improcedência.

49. Não se descarta que fundamento da responsabilidade civil processual pode ser estabelecido no chamado “risco especialíssimo”, como espécie relativa às circunstâncias processuais, no entanto, não se afasta, na seara pública, a igualdade na distribuição do ônus público como fator de atribuição para responsabilização do Estado. Este parece ter sido o entendimento adotado pelo legislador no art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando ao tratar sobre danos causados pela atuação do Estado em processos da esfera judicial, administrativa ou correcional estabelece que é ressarcível o dano anormal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najar. **Abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6462-7.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____(coord.). **V Jornadas de Direito Civil**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007.

ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de Direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. 1ª ed. São Paulo: Editora RT, 1988.

ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo Apud FAGUNDES, Seabra. Responsabilidade no Estado: indenização por retardada decisão administrativa. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 14, n. 57/58, p. 7-17, jan./jun. 1981.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicità dell'illecito**. Milano: Giuffrè, 1980.

ALTERINI, Atílio Anibal. **Responsabilidad Civil: límites de la reparación civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Jurídica Universitária, 1965.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/615/795>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v II. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ANTOINE, Charles. Cours d'économie sociale Apud BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 50, abr./jul., 2003. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274204714.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

AQUINO, Tomás. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1980. *E-book*. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Eudoro de Souza. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. *E-book*. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

ARMELIN, Donaldo. Perdas e danos. Responsabilidade objetiva pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má-fé. Forma mais adequada de liquidação. Indenização fixada pelos índices da ORTN. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, p. 222- 237, jul./set. 1985.

AYNÈS, Laurent; MALAURIE, Philippe. Droid Civil Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.2, n.3, 2013, p. 1-15. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Azevedo-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. Perspectivas éticas da responsabilidade jurídica. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 06, n. 02, p. 257-278, 2013.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 50, abr./jul., 2003. Disponível em:

<https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274204714.pdf>.
Acesso em: 29 abr. 2019.

BATIFFOL, Henri. Préface. In **Archives de Philosophie du Droit**. t. XXII. Paris: Sirey, 1977.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**. Londres: Sage, 1992.

_____. **Risk Society: World at Risk**. Cambridge: Polity Press, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile Apud MORAES, Maria Celina de Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999.

_____. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. São Paulo: RT, 1985.

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza dei danno. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, a. XXX , p. 55-101, 1976.

BOCCUZZI NETO, Vito Antônio. **Da sucumbência no processo civil: princípio da causalidade – hipótese de relativização**. Campinas: Servanda Editora, 2007.

BORGES. Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado á luz do Código Civil: um toque de Direito Público. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006.

BÖTTCHER, Carlos Alexandre. O Legado ético e universalista do Direito Romano. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. v. 108, jan./dez, p. 155 – 167, 2013.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

BUENO, Cássio Scapinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº. 13.105, de 16-03-20156**. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502635499-4.

_____. **Execução Provisória e Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Comentários aos artigos 520 a 522. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. ISBN 98-85-203-5932-7.

BUERES, Alberto J. **El acto ilícito.** Buenos Aires: Hammurabi, 1986.

BUNAZAR, Maurício B. Taxonomia da sanção civil para uma caracterização do objeto da responsabilidade civil. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro.** Lisboa, a. 1, n. 2, 2012.

BURLE, Carla Rosado; FILHO, José Emanuel Burle. São Paulo: Malheiros Editores. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas; FRANCO SILVA, Denis. “*Neminem Laedere*: o novo Código Civil brasileiro e a integral responsabilidade dos danos materiais decorrentes do ato ilícito”. **Revista Trimestral do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, v. 20, p. 247-258, out./dez., 2004.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo.** São Paulo, v. 126, p. 59-78, ago. 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Honorários Advocatícios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Responsabilidade Civil do Estado.** 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso.** Trad. Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1945.

_____. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares.** Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. **Âmbito Jurídico.** Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7296>. Acesso em: 10 nov. 2018.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O imoral dano moral. **Informativo Incijur – Instituto de Ciências Jurídicas.** Joinville, n. 46, ano IV, p.1-5, maio 2003.

CALVO GARCÍA, Manuel. **Teoria del derecho.** 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** v. III. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários aos artigos 82 a 97. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. ISBN 98-85-203-5932-7.

CAMELLO, Luis Maurílio da Costa. Fundamentos filosóficos da responsabilidade coletiva: a proposta de Hans Jonas. **Revista Ciências Humanas – UNITAU**. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 1-16, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

CAPPELARI, Récio Eduardo. Reflexões sobre o dano injusto: a concretização da ideia de justiça. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 24, n. 1, p. 61-74, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. Pádua, 1930.

_____. **Sistema de direito processual civil**. 2ª ed. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARREJO, Simón. **Derecho civil**. Bogotá: Themis, 1972.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Bretãs. **Fraude no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*. ISBN 978-85-97-01589-8.

_____. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por equidade no novo código civil**. 3ª ed. São Paulo: Altas, 2003.

CARVALHO, Délton Winter. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Carvalho, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros de; RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. Honorários de sucumbência e o novo processo civil: Fazenda Pública e o advogado público. In. DIDIER JR., Fredie et al.(coord.). **Honorários advocatícios**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CASTRO FILHO, José Olympio de. Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 246, a. 70, p. 212-216, abr./jun. 1974.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 3ª ed. Rio Janeiro: Forense, 2000.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. v. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Jose. **La condena en costas**. Trad. Juan A. de la Puente y Quijano. Tijuana: Cardenas Editor y Distribuidor, 1985.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015.

CRETELLA Jr., José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA GONÇALVES, Luiz. **Tratado de direito civil**. v. 12. Coimbra: Coimbra Editora, 1937.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno: Teoria generale della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1946.

_____. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1966.

_____. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual, doutrina e jurisprudência do STF. **Revista Jurídica**. São Paulo, v.47, n. 260, p.5-25, jun. 1999.

DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. v. 4. Paris : Librairie Arthur Rosseau e Cie, 1925.

DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. ISBN 978-85-309-7956-0.

_____. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 198, p. 85-96, out./dez. 1994.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Da responsabilidade civil**. v. 1. 9º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Da responsabilidade civil**. v. 2. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado: perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.

DIDIER Jr., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 4ª ed. Salvador: JusPodvm, 2017.

_____; MACEDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação n. 4.374/PE. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 16, n. 110, p. 567-590, out.2014/jan. 2015. p. 580-581. Disponível em: <https://www.academia.edu/29340264/Controle_concentrado_de_constitucionalidade_e_revis%C3%A3o_de_coisa_julgada>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. v. 4. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Nova era do Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. v. 7. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Lacunas do direito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil: responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. v. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. Trad. Sandra Castello Branco. Revisão técnica Cezar Mortari. São Paulo: UNESP, 2005.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Comentários ao Código Civil – Parte Especial – Do Direito das obrigações – Art. 924 a 965**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 76, n.1, jan-mar. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Responsabilidade objetiva por dano processual**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

FALZEA, Ângelo. **Sistema culturale e Sistema Giuridico: Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica**. Milano: Giuffrè, 1999.

FERRAZ, Antônio Celso Camargo. Sucumbência – sua subordinação ao princípio da causalidade, do qual constitui mera aplicação específica – condenação ao pagamento das despesas judiciais não decorre da mera sucumbência, mas de ter dado causa ao processo. **Revista Justitia**. São Paulo, a. XX-XIX, v. 97, p. 338-341, abr-jun. 1977.

FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X da Constituição da República. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **O Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Universidade de São Paulo, 1976.

FERREIRA, Willian Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 35, n. 188, out. 2010.

FERREYRA, Roberto A. Vázquez. **Responsabilidad por daños (elementos)**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FISCHER, Hans. **A reparação de danos no direito civil**. Trad. de Arruda Ferrer Correa. São Paulo: Saraiva, 1938.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 207-215, 1999.

FOUCAULT, F. Ewald. **A norma e o Direito**. 2ª ed. Lisboa: Veja, 2000.

FRANÇOIS, Geny. Risques et responsabilité. **Revue Tridimentrille de Droit civile**. Paris, 1902.

FRANZONI, Massimo. O dano injusto entre o juiz e a lei. Roma, f. 1, 2018. ISSN: 2420-952X versão online. Disponível em: <http://www.questionegiustizia.it/rivista/2018/1/introduzione-giudicare-del-danno-ingiusto_516.php>. Acesso em: 29 abr. 2019.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los Principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa Apud XAVIER, Pedro Henrique. Responsabilidade do Estado por atividade lícita: especialidade e anormalidade do dano. **Revista da Faculdade Direito UFPR**. Curitiba, v. 23, n. 0, p. 207-225, 1986.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAUDEMET, Eugene. **Théorie générale des obligations**. Librairie du Recueil Sirey: Paris, 1937.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES Jr., Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES Jr., Luiz Emanuel; RODRIGUES, João Paulo Souza. Responsabilidade civil por dano processual no novo Código de Processo Civil: aspectos de relevância para o processo coletivo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 262, p. 87-119, dez. 2016.

GOMES, Fábio Luiz. **Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela: a superação do paradigma da modernidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. Tendências modernas da reparação de danos. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GONZÁLES, Matilde M. Zavala de. **Responsabilidad por el daño necesario**. Bueno Aires: Astrea, 1985.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A Litigância de má-fé no processo civil brasileiro. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2002.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M., GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. 10ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade na Sociedade Civil. **Revista Novos Estudos**. São Paulo. n. 63, p. 105-118, jul. 2002.

_____. Somente em uma sociedade humana todo ato sem seu autor. In MACHADO, Marta R. de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella (orgs.). **Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito: desafios teóricos, políticas públicas e**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>. Acesso em: 29 dez. 2019.

HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed. V.1, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

INZIRATI, Bruno; PICCININI, Valentina. **La responsabilità civile: casi e materiali**. Torino: Giappichelli Editore, 2009.

JEVEAUX, Giovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JORDAIN, Patrice. **Les Principes de la responsabilité civile**. Paris: Dalloz, 1992.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 1999.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. LXXXVI, n. 454, p. 548-559, abr. 1941.

JOURDAIN, Patrice. **Les conditions de la responsabilité**. 3ª. ed. Paris: LGDJ, 2006.

KANT, Emmanuel. **Metaphisique des mœurs: Doctrine du droit**. 2ª ed. Paris: J. Vrin, 1979. p. 98-102.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KISCH, Wilhelm. **Elementos de derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. 2ª ed. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1940.

KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 29, p. 3-34, jan./mar 2007. Disponível em: <<https://uerj.academia.edu/CarlosNelsonKonder>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

LACERDA, Galeno Velhino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII. t. I: arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LAMBERT-FEIVRE. Yvonne, **L'indemnisation du dommage corporel (rapport)**. Paris: Conseil National de l'aide aux victimes. Ministère de la Justice da la République Française, 2003. p. 5. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/syntheseindemcorp.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones Apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª. ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

LE TOURNEAU, Philippe. **La responsabilité civile**. Paris : PUF, 2003;

LEÓN, Luiz Díez-Picazo y Ponce de. **Derecho de daños**. 1ª ed. 2ª tir. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n.19, ano 5, p.261-269, jul./set. 2004.

LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário Apud VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade Civil do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 24, n. 96, p. 233-252, out./dez. 1987.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012.

LEVY, Emmanuel. **Responsabilité et contrat**. F. Pichon: Paris, 1899.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A força maior e o caso fortuito como excludentes da responsabilidade civil. In CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito Civil:**

Direito patrimonial e Direito existencial: Estudo em Homenagem a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Editora Método, 2006.

_____. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – Crítica à luz do Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado.** Rio de Janeiro, n. 29, p. 103-146, 1990.

_____; GUIMARÃES, Jader Ferreira. As tutelas de urgência contra a Fazenda Pública na jurisprudência atual do STF. **Revista de Processo.** São Paulo, v. 143, p. 164-177, jan. 2007.

LIMA, Alcides Mendonça de. O princípio da probidade no Código de Processo Civil. **Revista Forense.** Rio de Janeiro, v. 268, dez. 1979.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi.** ISSN 1518-4862, Teresina, a. 8, n. 119, out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. **Honorários advocatícios no processo civil.** (Coleção Theotônio Negrão). São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O Juiz e a Litigância de Má-Fé. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n.º 740, p. 128-33, 1997.

LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, n. 238, p. 207-235, out./dez. 2004.

LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: QuartierLatin, 2010.

_____. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da USP.** São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, jan/dez. 2010.

LOTUFO, Renan. A responsabilidade civil e o papel do juiz no Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana.** São Paulo: RT, 2009.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MANCURSO, Rodolfo Camargo. **Ação Civil Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARIENHOFF, Miguel Santiago. **Tratado de derecho administrativo**. v. 4. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros. 1995.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo cautelar**. v. 4. São Paulo: RT, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Ilda Helena. Sartre e o existencialismo. **Revista Eletrônica Metavóia São João Del Rei: FUNREI**. São João Del Rei, n. 1, p. 75-80, jul. 1998. Disponível em: <https://ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/lable/revistametanoia_material_revisto/revista01/texto09_existencialismo_sartre.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. V. t. II: Do Inadimplemento das Obrigações. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 19, p. 181-207, mar. 2001.

_____. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. São Paulo, v. 93, p. 29-52, 1991.

MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris: Sirey, 1938.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, Andre. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Buenos Aires: EJE, 1961.

MAZZEI, Rodrigo Reis; MARQUES, Bruno Pereira. Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de “insucesso final” da ação de improbidade administrativa. **Revista jurídica**. São Paulo, v. 62, n. 440, p. 10-44, jun. 2014.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa de direitos difusos e coletivo em juízo**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. Jornada sobre Gestores Públicos e Responsabilidade Civil da Administração Pública Apud BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado á

luz do Código Civil: um toque de Direito Público. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Direito Administrativo Brasileiro**. v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1974.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da responsabilidade do Estado: Teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2002.

MINOZZI, Alfredo. Studio sul danno patrimoniale (danno morale) Apud CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Comentários aos artigos 294 a 302. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. ISBN 98-85-203-5932-7.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. Limites do princípio da reparação integral no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n.1, p. 1-25, 2018.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. **Ressarcimento de Danos**. Pessoais e Materiais. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999.

MORAES, José Roberto de. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coords.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2006.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 854, p. 11-37, dez. 2006.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel Sarmento. **A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, João Batista Gomes. Do dano para efeito de responsabilidade do Estado: reexame do tema. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, a. VIII, n. 39, p. 33/42, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Responsabilidade das partes por dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978.

MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. Yone Frediani. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 182, p. 193-222, out. 2017.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2006.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

NAVARRETTA, Emanuela. **Diritti Inviolabili e Risarcimento del Danno**. Torino: Giappichelli Editore, 1996.

NERY Jr., Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual vigor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich. **O crepúsculo dos ídolos, ou como filosofar com o martelo**. Trad. Marco Antônio Casa Nova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

NOLASCO, Rita Dias. **Ação de Improbidade Administrativa: efeitos e efetividade da sentença de improcedência**. São Paulo: QuartierLatin, 2001.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais: RT**. São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999.

_____. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 22, p. 83-95, abr./jun. 2005.

NOVAES, Domingos Riomar. **Nexo causal como realidade normativa e presunção de causalidade na responsabilidade civil**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/106440/nexo_causal_realidade_novaes%20.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

NUNES, Castro. **Da Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. **Litigância de Má-Fé**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFES**. Vitória, v. 2, p. 13-42, 2008.

PACCHIONI, Giovanni. **Diritto Civile Italiano**. Parte seconda: Dirittò delle obbligazioni. v. IV: Delitti e Quasi Delitti. Padova: Cedam, 1940.

PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermitina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PETTEFFI DA SILVA, Rafael. A responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais. **Empório do Direito**. Florianópolis, abr. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais>>. Acesso em: 05 dez 2018.

PETTEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2013.

PIJARDI, Piero. **La responsabilità por la espese i danni del processo**. Milão: Giuffrè, 1959.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. XII. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Direito das obrigações: direitos das obrigações, fatos ilícitos absolutos, responsabilidade, danos causados por animais, coisas animadas, Estado e servidores, profissionais.** t. LIII. Atualizado por Rui Stoco, São Paulo: RT, 2012.

_____. **Direito das obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações.** Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1975.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil – arts. 1 a 45.** t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

POTHIER, Robert Josef. **Tratado de las obligaciones.** Barcelona: Imprenta e Litografia J.Roger, 1839.

PÜSCHEL, Flávia Portella. A função comunicativa da responsabilidade civil. In MACHADO, Marta R. de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella (orgs.). **Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia.** São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>. Acesso em: 29 abr. 2019.

QUADROS, Fausto de. **Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1995.

REINIG, Guilherme Henrique Lima; DA SILVA, Rafael Pateffi. Dano reflexo ou por ricochete e a lesão à saúde psíquica: os casos de “choque nervoso” (shockschaden) no direito civil alemão. **Civilística.com.** Rio de Janeiro, a. 6, n.2, p. 1-34, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Reinig-e-Silva-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** v. II. São Paulo: Saraiva, 1953.

_____. **Lições preliminares de Direito.** 3ª ed. São Paulo: 1976.

_____. O dano moral no Direito Brasileiro. In **Temas de Direito Positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1986.

REIS, José Alberto dos. Código de Processo Civil Anotado Apud SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil.** Coimbra: Almedina, 1987.

RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição.** Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

ROPPO, Vincenzo. **Diritto Privato.** Torino: Giappichelli. 2010.

ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 8, n. 32, p. 28-38, out./dez. 1983.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SALLES, Raquel Bellini. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumén Júris, 2011.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. **O Poder Geral da Cautela do juiz**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. v. 2. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Ulderico Pires. Ligeiros traços sobre o dano processual no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 246, a. 70, p. 316-319, abr./maio 1974.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica**. Trad. Paulo Perdigão. 6ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

SAVATIER, Renè. **Du droit civil au droit public**. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1945.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. In BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco (Orgs.). Trad. Carmen C, Varriale et al. (coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: UNB, 2005.

SCHIPANI, Sandro. **Derecho romano y unificación del derecho y unificación del derecho: experiencia europea y latinoamericana**. Roma: Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, [s.d].

_____. Rer ler os Digestos: contribuições romanísticas ao sistema da responsabilidade extracontratual. Trad. Solange Guida. In SCHIPANI, Sandro; ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos (coord.). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 507-508. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13840/Sistema_juridico_romanistico_e_subsistema_juridico_latino-americano.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SCODITTI, Enrico. Introduzione. Giudicare del danno ingiusto. **Questione giustizia**. Roma, f. 1, 2018. ISSN: 2420-952X versão online. Disponível em:

<http://www.questionegiustizia.it/rivista/2018/1/introduzione-giudicare-del-danno-ingiusto_516.php>. Acesso em: 29 abr. 2019.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto cautelar**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, Ana Pereira. **O conceito danos ou encargos especiais e anormais: análise da sua aplicação doutrinária e jurisprudencial**. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito do Porto, Porto, 2017.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 42, n. 197, p. 2013-230, jul./set. 2005.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Teoria do Risco Concorrente na Responsabilidade Objetiva. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SILVA, João Calvão. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. v. III. 12ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. Comentário ao art. 927 do Código Civil. In FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo, Saraiva, 2002.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **Responsabilidade civil pela violação à função social do contrato**. São Paulo: Almedina, 2018.

SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987.

SOUZA, Bernardo Pimentel Souza. **Despesas processuais, honorários advocatícios e assistência judiciária**. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; POLASTRI, Marcello Polastri (coord.). **Honorários de advogado: aspectos materiais e processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STOPPINO, Mario, Ideologia. In BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco (Orgs.). Trad. Carmen C, Varriale et al. (coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: UNB, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; VERONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB. Quem paga pelos riscos do processo? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito

Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 171-201, nov. 2018.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TARUFFO, Michelle. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**. São Paulo, v. 177, p. 153-167, nov. 2009.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. **Argumenta Journal Law**. Paraná, n. 05, p. 237-248, 2005. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/4>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

TEISSEIRE, Raymond. **Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité: étude de droit**. Thèse pour le doctorat, 1901.

TEPEDINO, Gustavo. **A evolução da responsabilidade no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal**. Temas do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001.

_____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TERTO E SILVA, Marcello. Honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública é parte. In: DIDIER Jr., Fredie et al. (coord.). **Honorários advocatícios**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III**. t.II. v III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 54ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

_____. Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, a. 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2905>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

TORNAGHI, Helio. **Comentários ao Código de Processo Civil - art. 1º a 153**. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

TOURNEAU, Philippe le. **Responsabilité civile**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1976.

TRUJILHO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

TUCCI, Giuseppe. **Il danno ingiusto**. Nápoli: Ediotre Jovene Napoli, 1970.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VECHIONNE, Renato. *Spesegjudiziali* Apud CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

VEDEL, George; DEVOLVÈ. Droit Administratif Apud VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade Civil do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 24, n. 96, p. 233-252, out./dez. 1987.

VENIAMIN, Virgile L. **Essais sur les données économiques dans l'obligation civile**. Paris: Generale de Droit & Jurisprudence, 1931.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 13ª ed. Atlas, 2013.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.

VILLEY, Michel. Histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/35269-68367-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

VINEY, Geneviève. **Les obligations: la responsabilité – effets**. v. 5. Paris: LGDJ, 1988.

VISINTINI, Giovanna. Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto. In **Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno**. CONTE, Giuseppe; FUSARO, Andrea; SOMMA, Alessandro; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (coord.). Roma: Editora TrE-Press, 2018. Disponível em: <<http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/alpa>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

VON BURI, Maximilian. **Über Kausalität und deren Verantwortung**. Leipzig: Gebhardt, 1873. Disponível em: <http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/buri_causalitaet_1873?p=6>. Acesso em: 29 abr. 2019.

WATANABE, Kazuo. **Comentário aos arts. 81 a 90 do CDC**. In GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

XAVIER, Pedro Henrique. Responsabilidade do Estado por atividade lícita: especialidade e anormalidade do dano. **Revista da Faculdade Direito UFPR**. Curitiba, v. 23, n. 0, p. 207-225, 1986.

ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ZANETI Jr., Hermes. **Processo civil constitucional**. 3ª ed. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: RT, 2006.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006.